This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

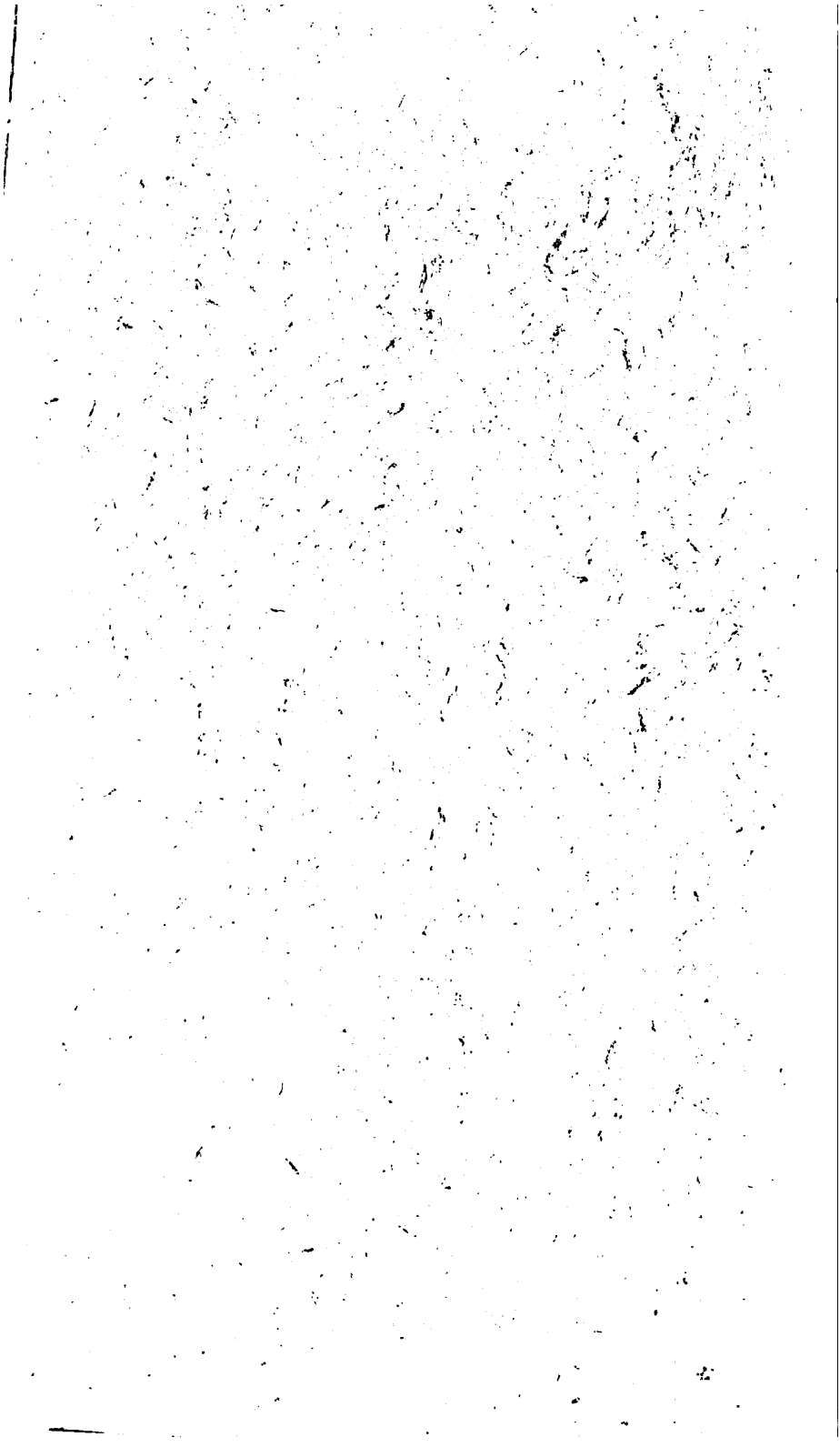
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 300 281

U.



Die

Besitzinterdicte

von

Dr. August Ubbelohde.

(Sonderausgabe von Glück's Pandektencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 5.)

Erster Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1896.

Alle Rechte vorbehalten.

4/6/33
APR 6 1933

Kgl. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn) Erlangen

Zum Ehrengedächtniſſe

ihres größeſten Doctors,

Friedrich Carl von Savigny,

der juriſtiſchen Fakultät

zu

Marburg.

Inhaltsverzeichniß.

Die Besitzklagen.

I. Die römischen Besitzklagen.

A. Die Klagen zum Schutze des Sachbesitzes.

a. Das classische Recht.

Lib. XLIII. Tit. XVI. de vi et de vi armata. Tit. XVII. Uti possidetis. Tit. XXVI. de precario. Tit. XXXI. Utrubi.

Vorbemerkung S. 1—2.

1. Die interdicta de vi.

§. 1848.

α. Das interdictum de vi (non armata) S. 3—138.

1. Die Fassung des Interdicts L. 1 pr. h. t. Lex agr. a. 643. Cic. de lege agr. III, 3, 11; pro M. Tullio 19, 44 sq.; pro Caec. 30, 88; 31, 91; 32, 92. Gai. IV, 154 S. 3—7. Schon zu Ciceros Zeit lautete das Interdict auf deicere, nicht mehr auf eicere. Unterschied dieser Ausdrücke S. 7f. (L. 18 §. 15 D. de damno inf. 39, 2 S. 7 N. 8).
2. L. 1 §§. 1 und 2 h. t. S. 8—10. Das Interdict betrifft nur vis atrox; es dient nur demjenigen, der von Grund und Boden entsetzt worden ist. L. 1 §§. 3, 4, 8 h. t. S. 10. Als Entsetzung von Grund und Boden gilt auch die Entsetzung aus einer Bretterbude, einem angepflöckten Zelte, von einem Baume S. 10—12. L. 1 §. 5 h. t. bezieht sich auf das Unde vi utile des Superficiars S. 12—14. Zur

Ahndung gewaltsamer Besitzentziehung beweglicher Sachen dienen andre Klagen. L. 1 §§. 6 und 7 h. t. L. 2 §. 26 D. vi bon. 47, 8. Paul. V, 6, 5 S. 14—16.

3. Noch in der Edictsredaction Julians enthielt das Interdict den ausdrücklichen Hinweis auf den Besitz des Impetranten in den Worten: cum ille possideret. Nichts dagegen beweiset l. 1 §. 23 h. t. und Vat. fragm. 91 S. 16—18. Gefordert wird juristischer Besitz des Impetranten im Augenblicke der Dejection. Gleichgültig ist, ob sein Besitz eine iusta causa hatte oder nicht. L. 1 §§. 9 und 10 h. t. S. 18f. Ebenso, ob er Eigenthümer ist oder nicht. L. 8 h. t. S. 19—30.
4. Dagegen haftete der ohne Waffen dejicirende Eigenthümer dem Unde vi grundsätzlich nicht. Vat. fragm. §. 312. L. 17 Cod. de A. E. et V. 4, 49 S. 20—23; sondern nur dann, wenn er durch die Dejection den auch ihm gegenüber begründeten Anspruch des bisherigen Inhabers auf Besitz oder Quasibesitz verletzte; auch konnte in Ermangelung einer andern Klage die actio de dolo begründet sein. Entsprechend verhält es sich mit der heimlichen Occupation einer Sache durch deren Eigenthümer S. 23; ebenso ist die actio vi bonorum raptorum gegen den Eigenthümer ausgeschlossen. L. 2 §. 18 D. vi bon. 47. 8; §. 1 J. eod. 4, 2. Das „aliter multabitur“ in l. 2 §. 18 cit. bezieht sich nicht auf die leges Juliae de vi, sondern ist Interpolation nach l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22 S. 23f. Auch §. 6 J. de interd. 4, 15 sagt nicht, daß der ohne Waffen dejicirende Eigenthümer der lex Julia de vi privata unterliege S. 24—26. Nach Paul. V, 26, 3 war die unbewaffnete Dejection seitens des Eigenthümers schwerlich aus diesem Gesetze strafbar S. 26f. Wie l. 3 §. 2 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 6 wahrscheinlich interpolirt ist, so auch l. 5 eod. S. 27f. Gegen die Anwendbarkeit des interdictum de vi non armata spricht auch die exceptio vitiosae possessionis in demselben. Paul. V, 6, 7 S. 28f. Interpolirt ist auch l. 4 §. 25 D. de usurp. 41, 3 S. 29. Behauptete der ohne Waffen Dejicirende Eigenthümer zu sein, so wurde im Unde vi die Eigenthumsfrage endgültig entschieden S. 29.
5. Der bloße Detentor hat das Unde vi nicht. In l. 1 §. 9 h. t. kann also unter naturalis possessor nicht der bloße

Detentor gemeint ſein; es iſt ein juriſtiſcher Beſitzer, der nicht ex iusta causa beſitzt. L. 1 §. 30; l. 12; l. 18 pr. h. t. S. 29—34. (In l. 24 D. de a. p. 41, 2 und l. 38 §§. 7 sq. de V. O. 45, 1 iſt possessio civilis juriſtiſcher Beſitz; ebenſo in l. 3 §. 15 D. ad exh. 10, 4; in l. 7 §. 1 eod. heißt civiliter non possidere rotam, der Beſitzer des Wagens beſitze das Rad nicht als ſolches, ſondern nur als Theil des Wagens S. 30—33 N. 22.) Als dejicirt gilt der juriſtiſche Beſitzer auch dann, wenn ſein Detentor dejicirt worden iſt. L. 1 §. 22 h. t. S. 34. Wurde der Beſitz durch Sklaven ausgeübt, ſo galt es auch als Dejection, wenn der Occupant dieſe Sklaven ſelbſt occupirte. L. 1 §. 46 h. t. S. 34 f. Dejection des juriſtiſchen Beſitzers iſt auch die Dejection des Subdetentors. L. 20 h. t. S. 35 f. Die Erwähnung der familia und des procurator auf impetrantiſcher Seite konnte daher im Interdicte geſtrichen werden S. 36. Eine Dejection des juriſtiſchen Beſitzers iſt nicht vorhanden, wenn er zwar perſönlich dejicirt, ſein Detentor aber in der Detention verblieben iſt. L. 1 §. 45 h. t. S. 36. Für den Begriff der Dejection iſt es gleichgültig, ob der Dejicient den Beſitz ergreift. L. 4 §. 22 D. de usurp. 41, 3. L. 33 §. 2 eod. S. 36 f.

6. Dejection iſt zunächſt die gewaltſame körperliche Entſetzung aus dem körperlichen Beſitze eines Grundſtücks. Die dabei angewandte Gewalt iſt vis absoluta; ſie bewirkt den Verluſt des Beſitzes für den bisherigen Beſitzer solo corpore. Wer durch Drohung, vis compulsiva, veranlaßt einem Andern die Beſitzergreifung geſtattet, verliert den Beſitz et animo et corpore; er hat zwecks Wiedererlangung des Beſitzes die actio quod metus causa, nicht unſer Interdict. L. 9 pr. i. f. D. quod met. 4, 2. L. 5 h. t. S. 37. Wer aus Furcht vor einer drohenden Vergewaltigung flieht, galt zu Ciceros Zeit als dejicirt. Cic. pro Caec. 17, 49 S. 38. Nach l. 9 pr. D. quod met. 4, 2 forderte Labeo zum Begriffe der Dejection ſchlechthin die unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt gegen die Perſon des Detinirenden; dem Fliehenden verſagte er nicht nur die actio quod metus, ſondern auch das Unde vi, wenn die Flucht ſtattgefunden hatte, bevor die Anrückenden das Grundſtück betreten hatten; fand ſie erſt ſtatt, nachdem die Letzteren in das Grundſtück eingedrungen

waren, so gab er die actio quod metus, nahm also erzwungene Tradition an S. 38f. Nach l. 1 §. 29 h. t. hielt er den Fliehenden für dejicirt, während Pomponius zur Dejection corporalis vis erforderte und deshalb im Falle der Flucht eine Dejection dann annahm, wenn nunmehr die Occupation seitens der Anrückenden erfolgte S. 39. L. 9 pr. D. quod. met. 4, 2 cit. steht zu l. 1 §. 29 h. t. cit. in unlöslichem Widerspruche S. 39—41. L. 1 § 29 ist verderbt: sie giebt in sich keinen richtigen Sinn. Verbesserungsvorschlag S. 41—44. Nach Julian liegt eine Dejection in dem Falle der Flucht vor einer drohenden Gewalt auch dann, wenn seitens dieser Gewalt eine Occupation nicht erfolgt. L. 33 §. 2 D. de usurp. 41, 3 S. 44f. Jedoch wird dabei vorausgesetzt, daß der Anrückende in der Absicht herangekommen ist, den Besitzer zu vertreiben; hier wirkt die Drohung mit körperlicher Gewalt der Anwendung solcher Gewalt gleich: auch sie nimmt den Besitz solo corpore S. 45f. Andernfalls giebt durch die Flucht der Besitzer den Besitz gar nicht auf S. 46—48. Diese Gleichstellung der Flucht aus begründeter Furcht vor Vergewaltigung mit der Vergewaltigung selbst ist später allgemein gebilligt worden. Paul. V, 6, 4. L. 1 §. 28; l. 3 §§. 6 und 7 h. t. S. 48f.

7. L. 6 §. 1 D. de a. p. 41, 2. Der Dejection gleichgestellt ist das non admitti des Besitzers zu dem solo animo besessenen Grundstücke. Nach Labeo verwandelt sich die clandestina possessio des Occupanten damit in eine violenta S. 50—52. Vielleicht nahm schon Q. Mucius Scaevola an, der solo animo fortgesetzte Besitz eines Grundstücks höre corpore nicht schon mit dessen heimlicher Occupation auf, sondern erst durch die gewaltsame Zurückweisung des bisherigen Besitzers. L. 25 §. 2 D. de a. p. 41, 2 S. 52—54. Bestätigung findet diese Vermuthung darin, daß schon zu Ciceros Zeit das Interdict nicht mehr auf eicere lautete, sondern auf deicere S. 54f. Später ist diese Ansicht allgemein gebilligt, auch gegenüber einem gutgläubigen Occupanten S. 55—57. Non admittere liegt auch in Verhinderung des Besitzers an der Rückkehr, sofern diese Verhinderung geschieht, um den Besitz zu behaupten oder ihn nunmehr zu ergreifen und Ergreifung erfolgt. L. 1 §§. 24sq. h. t. L. 3 §. 8 eod. Paul. V, 6, 6 S. 57—59. Durch non

admitti verliert auch der den Besitz, der von seinem Detentor widerrechtlich zurückgewiesen wird. L. 12 h. t. L. 18 pr. eod. S. 59 f. Auch hinsichtlich des non admittere steht der körperlichen Gewalt die ernsthafte Drohung mit solcher gleich S. 60 f. Dejection liegt im non admittere nicht, sofern es propter iustam et probabilem causam geschieht, also namentlich zwecks Geltendmachung eines contractlichen Anspruchs auf uti frui oder uti oder eines ius in re solchen Inhalts oder eines Retentionsrechtes. Eine Ueberschreitung der Innehabungsbefugniß unter Anerkennung des fremden Besitzes ist zwar eine Störung des letztern, aber keine Dejection S. 61 f. Die Verhinderung an der ersten Besitzergreifung ist keine Dejection. L. 1 §. 26 h. t. S. 62. Wohl dagegen die Entziehung der thatsächlichen Verfügung ohne Vertreibung aus dem Grundstücke. L. 1 §. 47 h. t. Paul. V, 6, 6. S. 62 f. Hiernach läßt sich auch verstehen l. 11 h. t. S. 63 f.

8. Praktische Bedeutung eines remedium recuperandae possessionis im Falle heimlicher Occupation eines Grundstückes, solange diese den bisherigen Besitz beseitigte S. 64 f. Sabinus gab hier zwar die condictio furtiva; aber diese, wie die actio furti, hatte weitere Voraussetzungen, als den Besitzverlust S. 65 f. Anhaltspuncte für ein interdictum de clandestina possessione: Cic. de lege agr. III, 3, 11; l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3. S. 66. Widerlegung des Versuchs v. Savignys, das vermeintliche Verschwinden dieses Interdicts aus dem Verschwinden der clandestina possessio an Grundstücken zu erklären. Eine solche ist immer noch möglich an Grundstücken, deren Besitz durch einen Detentor geübt wird und nach Paul. V, 6, 12. S. 67 f. Auch bei einem Grundstücke, dessen Besitz solo animo retinetur, wäre ein interdictum recuperandae possessionis de clandestina possessione immer noch denkbar, sofern dessen Voraussetzung nicht auf den Besitz des Occupanten lautete, sondern auf seine clandestina occupatio S. 68—70. Freilich wäre ein solches Interdict jetzt nicht mehr unbedingtes Bedürfniß gewesen, seitdem Celsus ein condictio possessionis zur Geltung gebracht hatte; aber es hätte durch sein Verfahren immer noch Vortheil geboten und wäre schwerlich verschwunden S. 70. Cic. l. c. und l. 7 §. 5 cit. sind füglich

anders zu verstehen, als von einem interdictum de clandestina possessione S. 70—73. Ein Zeugniß gegen ein solches Interdict gewährt Cic. pro Caec. 12, 35. S. 73 f. Auch l. 6 §. 1 D. de a. p. spricht dagegen S. 74 f.

9. Die ältere Fassung des Unde vi nannte auf seiten des Impetraten neben ihm seine familia und seinen procurator, hatte aber für alle nur das gemeinsame Prädicat: deiecisti. Danach haftete der Impetrat für familia und procurator, d. h. den bevollmächtigten oder auch nur thatsächlichen Geschäftsführer, unbedingt. Cic. pro Caec. 20, 56—58. S. 75—77. Dies fand man zu hart, wo der Impetrat die Dejection nicht veranlaßt hatte, und auch infolge derselben nichts an ihn gekommen war; hier gab daher der Prätor statt der gewöhnlichen Formel eine andre, welche dahin lautete, daß die Dejection dolo malo des Impetraten geschehen sei. Cic. pro Tullio 12, 29 sq. S. 77—79. Später haftet der Principal für die von einem ihm nicht Gewaltunterthänigen verübte Dejection in solidum nur dann, wenn er sie angestiftet oder genehmigt hat. L. 1 §. 12 h. t. l. 152 §. 1 D. de R. J. 50, 17. L. 1 §. 13 h. t. L. 3 §§. 10—12 init. eod. — L. 1 §. 14 eod. S. 79—82. Außerdem haftet er, soweit etwas auf Kosten des Dejicirten unmittelbar an ihn gelangt ist. Bei handlungs- und dispositionsfähigen Personen tritt diese beschränkte Haftung selten ein; die rechtliche Möglichkeit der Restitution ist hier ohne Besitz nicht denkbar, zum Besitzerwerbe aber gehört hier der Wille des Principals, und in der Erklärung dieses Willens liegt regelmäßig eine in solidum verpflichtende Genehmigung der Dejection S. 82 f. Handlungsunfähige Principale dagegen erwerben den Besitz durch den Willen ihrer nothwendigen Vertreter: sie haften daraus immer nur bis zu ihrer Bereicherung. L. 4 h. t. S. 83. Bei Handlungsfähigen, welche dispositionsunfähig sind, kann das Gleiche eintreten S. 84. Zwecks der Haftbarmachung auf das pervenire mußte das Interdict utiliter ertheilt werden S. 84. Entscheidend für Dasein und Umfang der Restitutionspflicht ist der Augenblick des interdictum redditum S. 84 f. Das pervenire muß unmittelbar aus dem Vermögen des Impetranten erfolgt sein. L. 7 h. t. L. 3 §. 10 d. uti poss. 43, 17. S. 86.

10. Für die von seiner familia verübte Dejection haftet der Ge-

walthaber in solidum, wenn er sie befohlen oder doch hat geschehen lassen oder genehmigt hat S. 86. Wegen des bloßen pervenire haftet er wie jeder Andre. Bei ihm aber tritt ein pervenire auch ohne Besitzerwerb und ohne seinen Willen ein, sofern er seine Gewaltunterthänigen zwingen kann, die thatsächlich in ihrer Verfügung befindlichen Sachen herauszugeben S. 86 f. Für diese Fälle wäre eine Erwähnung der familia in der Interdictsformel nicht nöthig gewesen. Nothwendig wurde sie, wenn keiner dieser Fälle vorlag: hier aber gab man dem Gewalthaber die Befugniß, sich durch noxae datio der Schuldigen der eignen Haftung zu entziehen. Die Formel erhielt deshalb neben der Erwähnung der familia das Prädicat: deiecit. L. 1 §. 11. §. 15 h. t. S. 87—89. Diese Formel macht im Falle des pervenire eine besondere Fassung unnöthig S. 89. Bei der noxae datio wie bei der Preisgebung der Schuldigen ohne Vertheidigung muß der Gewalthaber stets auch herausgeben, quod ad eum pervenit. L. 1 §. 19 h. t. S. 89 f. Begriff der familia. L. 1 §. 16. §. 17 h. t. S. 90 f. Paul. V, 6, 3 S. 91 f. Auch fremde Sklaven, die der Impetrat besitzt, gehören zu seiner familia. L. 1 §. 18 h. t. S. 92. Processualisches Verhältniß des Unde vi wegen einer von der familia verübten Dejection zu dem Processe über die Freiheit des angeblichen Herrn. L. 1 §. 21 h. t. S. 92 f. Zur familia gehören in classischer Zeit auch die in mancipio Befindlichen und die Hauskinder. L. 195 §. 3 D. de V. S. 50, 16 S. 93 f. Directe Haftung des Gewalthabers auf das pervenire aus der vom Hauskinde verübten Dejection. L. 16 h. t. S. 94. Das dejicirende Hauskind konnte schon in classischer Zeit mit dem Unde vi belangt werden. L. 1 §. 20 h. t. S. 94—96. Diese Entwickelung machte die Formel bei Cic. pro Tull. 12, 29 unnöthig S. 96.

11. Die exceptio vitiosae possessionis. Ihre Fassung. Cic. pro Tull. 19, 44. Lex agr. v. J. 643 v. 18. Gai. IV, 154 i. f. Paul. V, 6, 7. §. 6 J. de interd. 4, 15. Gai. IV, 155 S. 96 f. Vi possidere beim Eigenthümer grundsätzlich ausgeschlossen S. 97 f. Seine Bedeutung abhängig vom Begriffe des deicere S. 98. Gewaltsame Abwehr von Gewalt macht den Besitz nicht zum gewaltsamen. L. 1 §. 27.

§. 28 i. f. h. t. S. 98 f. Auch nicht ein sofortiges gewaltsames Wiedererlangen des vi entzogenen Besitzes. L. 17 h. t. Immer aber muß das repellere die Schranke der Nothwehr einhalten. L. 1 Cod. h. t. S. 99. Mit dieser Maßgabe ist auch bewaffnete Abwehr statthaft — L. 3 §. 9 h. t. —, auch gegenüber einem unbewaffneten Angriffe S. 99 f, und auch gegenüber dem Eigenthümer S. 100 f Seitdem die heimliche Occupation eines Grundstücks, quod solo animo possidetur, den Besitz nicht mehr beseitigt, gilt auch die gewaltsame Behauptung dieses Besitzes als ein vim vi repellere S. 101—104. Clam possidere beim Eigenthümer grundsätzlich ausgeschlossen. L. 40 §. 3 D. de a. p. 41, 2 S. 104. Die legislatorische Begründung dieses Satzes ergiebt zugleich die Ausnahme für den Eigenthümer, der dem Faustpfandgläubiger oder dem Nießbraucher die Sache wegnimmt. Widerlegung des Cujaz und der Glosse S. 104. Das Anwendungsgebiet der exceptio clandestinae possessionis beim Unde vi später beschränkt auf die heimliche Occupation von Grundstücken, deren Besitz durch Detentoren geübt wird S. 113 f. Exceptio precariae possessionis S. 114. L. 3 Cod. h. t. S. 114.

12. Exceptio annalis. Fassung S. 114 f. Ursprüngliche Stelle; Grund der Verschiebung S. 115 f. L. 1 §. 39 h. t. L. 2 Cod. h. t. S. 116.

13. Der Restitutionsbefehl, bei Cic. pro Caec. 30, 88 nur mit den Worten „eo restituas“ bezeichnet, lautet in Julians Edict: „eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas“. Widerlegung Kellers, der diese Worte dem iudicium secutorium bezw. der formula arbitraria beilegt S. 116 f. L. 1 §. 31 h. t. Dem Dejicirten soll die nämliche Lage zurückverschafft werden, in welcher er sich ohne die Dejection befinden würde S. 118. Dazu gehört auch Ersatz des Schadens, den er hinsichtlich beweglicher Sachen erlitten hat. Wegen dieser Sachen ist auch die actio ad exhibendum und die actio vi bonorum raptorum statthaft. L. 1 §. 32 h. t. S. 118 f. Die Restitutionspflicht erstreckt sich auch auf die dem Dejicirten nicht gehörigen Sachen. L. 1 §. 33 h. t. S. 119 f. Entscheidend für das Haben ist der Augenblick der Dejection; der Impetrat haftet auch für den durch die Dejection verursachten spätern Verlust dieser Sachen. L. 1 §. 34

h. t. S. 130. Er haftet aber auch für die von ihm nicht verschuldete Vereitelung der Restitution: L. 1 §§. 35 sq. L. 15. L. 19 h. t. Paul. V, 6, 8 S. 120 ff. Aber nur für die Sachen, die der Dejicirte auf dem Grundstücke hatte, dessen Besitz ihm vi entzogen ist, obschon nicht gerade auf dem Flecke, wo sich der Dejicient im Augenblicke der Dejection befand. L. 1 §§. 37 sq. h. t. S. 122. Der Dejicient haftet vom Augenblicke der Dejection für omnes fructus. L. 1 §§. 40 sq. h. t. L. 4 Cod. eod. Vat. fragm. §. 312 S. 123 f. Ob Dejicient den Besitz der dem Impetranten entzogenen Gegenstände erworben hat, ist gleichgültig. L. 1 § 42 h. t. S. 124. Soweit das Interdict durch das pervenire an den Impetraten begründet ist, haftet er ex interdicto reddito für unverschuldete Vereitelung der Erstattungspflicht nicht S. 124. Die Verurtheilung im iudicium secutorium bezw. aus der formula arbitraria geht auf das Interesse des Klägers am Besitze L. 6 h. t. S. 124 f.

14. Das interdictum de vi non armata wird gegenüber Eltern und Patronen durch eine actio in factum ersetzt; das interdictum de vi armata findet auch jenen gegenüber statt. L. 1 §. 43 h. t. L. 7 §. 2 D. de obseq. par. 37, 15 S. 125 f. Cic. pro Caec. 2, 6 sq.; 3, 8; 4, 9 beweiset nicht, daß dies Interdict am Ende des 7. Jahrhunderts d. St. infamirte; jedenfalls that es zur Zeit der Severe das nicht. L. 13 h. t. S. 127 f.

15. Der Besitzer kann die rei vindicatio nicht anstellen; wo sowohl diese Klage begründet ist, als das Uti possidetis, schließt ihre Anstellung dieses nicht aus, weder kraft der processualischen Consumption, noch als Erklärung des animus non possidendi. L. 12 § 1 D. de a. p. 41, 2 S. 128—131. (Exceptio litis residuae? N. 47 S. 131). Vollends schließt die Vindication das Unde vi nicht aus. L. 18 §. 1 h. t. S. 131 f. (Exceptio litis residuae? N. 48 S. 131). Der Eigenthumsstreit wird bis zur Entscheidung des Besitzstreites ausgesetzt kraft der richterlichen Proceßleitung S. 132 f.

16. Nach Ablauf des annus utilis wird gegen den Dejicienten wegen seiner Bereicherung eine actio in factum ertheilt. L. 4 D. de interd. 43, 1. Vat. fragm. §. 312. L. 1 pr. i. f. h. t. cf. l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3 S. 133 ff. Nicht

haftbar macht das dolo malo fecisse, quo minus perveniret; dem pervenire gleich aber ſteht das dolo malo desiisse possidere S. 135. Nach Theodos 2 verjährt auch dieſe Klage in 30 Jahren S. 135.

17. Die Univerſalſucceſſoren des Dejicirten haben das Unde vi pro rata hereditaria. L. 1 §. 44 h. t. S. 135 f. Die Univerſalſucceſſoren des Dejicirten haften aus einer actio in factum ſoweit, als etwas an ſie gekommen oder vermöge ihres Dolus nicht gekommen iſt. L. 1 §. 48 L. 2 h. t. L. 2 i. f. Cod. h. t. S. 136 f. Dies gilt auch für vis armata. L. 3 pr. h. t. S. 137. Dieſe Klage iſt perpetua. L. 3 §. 1 h. t. S. 137. Der einzelne von mehreren Erben haftet nach dem Betrage, der an ihn gekommen iſt. L. 9 pr. h. t. S. 137 f.

§ 1848a.

β. Das interdictum de vi armata. S. 138—190.

1. Die Faſſung des Interdicts zu Ciceros Zeit. Cic. pro Caec. S. 138 f. Eine ältere Faſſung lautet auf detrudere. Cic. l. c. 17, 49. 16, 47 S. 139 f. Schon damals erwähnte dieſes Interdict die familia und den procurator des Impetranten nicht mehr. Cic. l. c. 13, 37 S. 140. Vermuthlich iſt dieſe Erwähnung in der Zeit zwiſchen den Reden Ciceros pro Tullio und pro Caecina im Edicte geſtrichen S. 141—144. Das Interdict enthielt die Clauſel: „qua de re agitur“ nicht S. 144—146. In der ſpätern Faſſung iſt auf impetratiſcher Seite die Erwähnung des procurator geſtrichen, der Erwähnung der familia iſt „deiecit“ beigefügt S. 146. L. 3 §. 12 h. t. beweiſet nicht, daß dem „deiecisti“ ein „dolove malo fecisti, quo magis deiceretur“ beigefügt war S. 146. Jedenfalls in ſpäterer Zeit lautet der Reſtitutionsbefehl auf „eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas“. L. 14 h. t. S. 147.

2. Gegenſtand und Begriff der Dejection ſind die gleichen wie beim interdictum de vi non armata S. 147. Das interdictum de vi armata aber erforderte ein deiecisse hominibus coactis armatisve. L. 3 §§. 2—11 h. t. Cic. pro Caec. 21, 59 S. 147—149. Begriff der arma S. 149—153. Dem interdictum de vi armata unterlag auch der mit Waffen dejicirende Eigenthümer S. 153 f. Die beiden ſtän-

digen exceptiones des interdictum de vi non armata finden hier nicht ſtatt. Cic. ad div. XV, 16, 3. pro Caec. 32, 92 sq. Gai. IV, 155. Cic. pro Caec. 8, 23; 22, 63 S. 154—156.

3. Im ſpätern claſſiſchen Rechte ſteht das Interdict nur dem dejicirten juriſtiſchen Beſitzer zu. Das folgt zwar nicht aus l. 1 §. 23 und §. 26 h. t., wohl aber aus Gai. IV, 154 sq. S. 156 f. Knieps Meinung, daß das Interdict in der Faſſung: Unde tu — prohibuisti auch dem Eigenthümer zuſtehe, der an der Beſitznahme ſeines Grundſtückes mit Waffengewalt verhindert ſei, ergiebt ſich nicht aus l. 3 §. 8 h. t. S. 157, noch aus l. 3 §. 9 h. t. S. 157—161. Daß es zu Ciceros Zeit keine Faſſung auf vi prohibuisse gab, zeigt pro Caec. 13, 36 S. 161. Sie wäre völlig unnöthig geweſen nach l. 3 §. 8 cit. h. t. S. 161 f. und wird auch durch l. 3 §. 12 h. t. nicht dargethan; dieſe Stelle iſt vielmehr verderbt S. 162 f. Zu Ciceros Zeit ſtand das Interdict nicht bloß dem juriſtiſchen Beſitzer zu; der Rechtshandel Caecinas S. 163—170. Indeſſen wurde erfordert, daß der Impetrant im Augenblicke der Dejection zu dem Grundſtücke, von dem er dejicirt worden, in einer thatſächlichen Beziehung geſtanden hatte S. 170. Schwierigkeit, dieſe Beziehung abzugrenzen S. 170—172. Beurtheilung der Ausführungen Ciceros hinſichtlich der Frage, ob Caecina beſeſſen habe S. 172 f. Die Anzeige des Aebutius an den Caecina, er, Aebutius, ſei Eigenthümer des ſtreitigen Grundſtücks S. 174—177. Die Vereinbarung über die deductio moribus S. 177 f. Die Haltung des Aebutius S. 178. Die rechtlichen Mißſtände der Zuſtändigkeit des Interdictes über den juriſtiſchen Beſitzer hinaus S. 178—182.

4. Die exceptio quod tu prior vi hominibus armatis non veneris Cic. ad div. VII, 13, 2 S. 182 f. Nach ihrer Faſſung gehört ſie nicht in das Uti possidetis S. 183; im interdictum de vi non armata wäre ſie unzweckmäßig S. 183. Der Umſtand, daß das interdictum de vi armata sine ulla exceptione ertheilt zu werden pflegte, ſteht ihrer Zugehörigkeit zu dieſem nicht entgegen S. 183 f. Sie hatte nicht die gleiche Function wie die exceptio violentae possessionis im interdictum de vi non armata S. 184 f. L. 3 §. 9 h. t. kennt ſie nicht mehr S. 186 f. Schon nach ihrer Faſſung kann ſie nur eine beſchränkte Anwendung gehabt haben S. 187.

Sie fand ſtatt, ſolange unſer Interdict juriſtiſchen Beſitz des Impetranten im Augenblicke der Dejection nicht vorausſetzte, um den zu ſchützen, der unmittelbar, nachdem er ſelbſt dejicirt war, die Dejicienten wieder dejicirte; ſie wurde daher überflüſſig, ſobald unſer Interdict nur dem dejicirten juriſtiſchen Beſitzer ertheilt wurde, man alſo in der ex continenti erfolgten Wiedervertreibung des Dejicirten nur eine Vertheidigung des eignen Beſitzes ſah S. 188f.

5. Das Interdict geht auch gegen Eltern und Patrone S. 189. Die Erben des Dejicienten haften mit einer actio in factum wie bei unbewaffneter Dejection S. 189f. Aus Cic. pro Caec. ergiebt ſich nicht, daß zu Ciceros Zeit unſer Interdict das Verfahren per arbitrum noch nicht zuließ S. 190.

§. 1848b.

γ. Das interdictum Si uti frui prohibitus esse dicetur. S. 190—198.

1. Vat. fragm. §. 91 S. 190. Nothwendigkeit eines beſondern Interdicts L. 3 §. 13 h. t. S. 190. Faſſung desſelben S. 190—192. Ob beſondere Faſſung bei vis armata? S. 192f. Der Rechtsgrund des Nießbrauchs kommt nicht in Betracht. L. 3 §. 16 i. f. h. t. S. 193. Das Interdict betrifft nur die Verhinderung an der bereits beſtehenden Ausübung. L. 3 §. 14 h. t. S. 193. Es betrifft nur den Nießbrauch an Grundſtücken; auf bewegliche Sachen erſtreckt es ſich, ſofern ſolche auf dem Grundſtücke ſich befinden. L. 3 §. 15 h. t. L. 60 pr. D. de usufr. 7, 1 S. 194f. Exceptio vitiosae possessionis für vis non armata; ſie iſt ſpäter auch hier weggefallen; danach interpolirt. L. 3 §. 17 init. h. t. S. 194f. Inhalt des Reſtitutionsbefehls. L. 9 §. 1 h. t. S. 195. L. 10 h. t. S. 195f. Statthaftigkeit des Interdictes für die Univerſalſucceſſoren, wenn der Nießbrauch nach der Dejection durch Tod oder capitis deminutio des Nießbrauchers erloſchen iſt. Duplex interpretatio der l. 3 §. 17 i. f. h. t. S. 196f. Gegen die Erben des Dejicienten wird actio in factum ertheilt. L. 3 §. 18 h. t. S. 197.
2. Utile interdictum für die Ausübung des usus. L. 3 §. 16 init. h. t. S. 197f. und diejenige der habitatio. L. 27 D. de donat. 39, 5 S. 197f.

§. 1849.

2. Das interdictum de precario S. 198—357.

1. Die Faſſung des Interdicts. L. 2 pr. h. t. S. 199. Es iſt reſtitutoriſch. L. 2 §. 1 h. t. S. 199. Bedeutung von precario habere. L. 1 pr. §§. 2 und 3; l. 2 §. 3; l. 3; l. 15 §. 2 h. t.; l. 17 i. f. D. comm. praed. 8, 4 S. 199 f. Das Precarium iſt ein Vertrag, durch welchen der eine Contrahent auf willkürlichen Widerruf dem andern die Innehabung einer Sache oder die Ausübung einer Gerechtſame überläßt, oder umgekehrt auf ſolche Ausübung verzichtet S. 200 f. Das Sachenprecarium iſt an beweglichen Sachen wie an Grundſtücken ſtatthaft. L. 4 pr. h. t. S. 201, auch an einer Species eines fungibeln Genus, nicht aber an Conſumptibilien S. 201 f. Der Vertrag kann in beliebiger Form eingegangen werden. L. 9 h. t. Paul. V, 6, 11 S. 202. Das Precarium ergreift die dem precario gegebenen Grundſtücke zuſtändigen Gerechtſame. L. 1 §. 11 D. de it. actuq. priv. 43, 19 S. 202 f. und die ſelbſtändigen Acceſſionen der precario gegebenen Sache, deren Innehabung der precario dans dem Precariſten zu überlaſſen vermag. L. 10 h. t. S. 203. L. 21 h. t. S. 203. Das Precarium an einem Grundſtücke muß die thatſächliche Verfügung über daſſelbe gewähren. L. 15 §. 1 h. t.; l. 9 pr. D. de donat. 39, 5 S. 204 f. An einer fruchttragenden Sache gewährt es dem Precariſten an den Früchten das Recht, das der precario dans bei eignem Bezuge an ihnen haben würde. L. 13 §. 21 D. de A. E. 19, 1; l. 8 §. 4 i. f. h t. Isidor. orig. V, 25, 17 S. 205 f. Meiſt iſt das Precarium unentgeltlich; ſein Unterſchied von der Schenkung S. 206 f. und vom Commodat. L. 17 §. 3 D. commod. 13, 6; l. 1 pr. §. 1 h. t.; l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2; l. 8 §. 3; l. 14; l. 15 pr. h. t.; Paul. V, 6, 10 S. 207 f. Es iſt auch ein Miethpreis ſtatthaft. L. 10 §. 1 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3 S. 210 f. Selbſtverſtändlich hat den precariſtiſchen Genuß der Käufer zu vergüten, inſofern er den Kaufpreis verzinſen muß, wenn ihm vor deſſen Berichtigung die Waare precario übergeben iſt. L. 13 §§. 20 sq. D. de A. E. 19, 1 S. 211 f. Das Precarium an einer körperlichen Sache giebt den Precariſten regelmäßig deren juriſtiſchen Beſitz. L. 2 §. 3; l. 4

§. 1; l. 15 §. 4 init.; l. 17 h. t. S. 212. Hier hört der precario dans auf, juriſtiſcher Beſitzer zu ſein; nur quoad usucapionem dauert ſein Beſitz fort. L. 3 §. 5 D. de a. p. 41, 2; l. 15 §. 4 h. t. S. 213 f. Die precario possessio iſt zwar iusta, allein ſie begründet nicht die Paſſivlegitimation für eine Noxalklage. L. 22 §. 1 D. de nox. act. 9, 4 S. 214 f., gewährt nicht die Publiciana in rem. L. 13 §. 1 D. de Publ. in rem 6, 2 S. 215, berechtigt nicht zur Theilungsklage. L. 7 §§. 4 sq. D. comm. div. 10, 3 S. 215 f. Mehrere können nicht gleichzeitig in solidum precario beſitzen. L. 19 pr. h. t. S. 216. Möglich iſt es auch, daß der Precariſt nur Detentor der ihm überlaſſenen Sache iſt; und er iſt es nothwendig dann, wenn er einen Miethpreis zu entrichten hat. L. 10 §. 1 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3 S. 216 f.; ſonſt nur kraft beſonderer Vereinbarung l. 6 §. 2; l. 21 h. t. S. 217.

2. Precario geben kann zunächſt der juriſtiſche Beſitzer, auch wenn er kein Recht auf den Beſitz hat. L. 7; l. 22 pr. h. t. S. 218—220; weiter der Nichtbeſitzer dem Beſitzer, dem er den Beſitz im Rechtswege entziehen könnte. L. 18; l. 22 pr. h. t.; l. 21. pr. D. de a. p. 41, 2; l. 6 pr. D. pro empt. 41, 4; l. 8 §. 2; l. 4 §. 4; l. 6 pr.; l. 5; l. 6 §. 3 h. t. S. 220—223; der Erbſchaftsſklav die ihm für eine Peculiarforderung verpfändete Sache hereditate iacente. L. 16 D. de O. et A. 44, 7 S. 223 f.; aber auch derjenige, der weder die thatſächliche Verfügung, noch einen Anſpruch auf Herausgabe des Beſitzes hat, ſofern er die Mitwirkung des Dritten erlangt, der das Eine oder das Andre hat. L. 8 pr. h. t. S. 224—226. Auch der bloße Detentor kann die Sache precario geben S. 226. Der Nießbraucher kann die Ausübung ſeines Rechtes precario übertragen. L. 12 §. 2 D. de usufr. 7, 1 S. 226 f.; ebenſo jeder, der ein ſeiner Ausübung nach veräußerliches ius in re aliena oder eine Reallaſtgerechtigkeit oder ſonſt ein der Ausübung nach übertragbares Recht hat, dieſe Ausübung; nicht minder der bloße quasipossessor ſolcher Rechte S. 227. Nicht minder kann derjenige, der thatſächlich oder rechtlich über eine Sache verfügt, daran precario die Ausübung einer Gerechtſame gewähren. L. 3; l. 15 §. 2 h. t.; umgekehrt derjenige, dem eine Gerechtſame oder der Beſitz einer ſolchen zuſteht, precario

darauf verzichten. L. 32 pr. D. de S. P. U. 8, 2; l. 17 D. comm. praed. 8, 4. S. 227 f. Der precario dans muß beim Vertragsschlusse dispositionsfähig sein. L. 6 pr. h. t. S. 229. Commercium erforderte das Precarium nicht. L. 1 §. 1 h. t. S. 229. Empfangen kann ein Precarium jeder Erwerbsfähige. L. 22 §. 1 h. t. S. 229 f.

3. Die Voraussetzung des Interdicts ist an erster Stelle das precario habere vom Impetranten. Dieses deckt sich auch dann nicht immer mit dem precario ab illo rogasse, wenn der rogans das Erbetene hat. So zunächst regelmäßig nicht für den Eigenthümer, der seine Sache oder eine Gerechtsame an ihr precario erbeten hat. L. 4 §. 3 h. t.; l. 15 D. dep. 16, 3; l. 1 §. 11 D. de itin. actuq. priv. 43, 19; l. 45 pr. D. de R. J. 50, 17 S. 231 f. Ferner nicht für den, dem die Ausübung einer ihm zuständigen Gerechtsame, und für den, der den Verzicht auf die Ausübung einer nicht bestehenden Gerechtsame precario erbeten hat S. 232. Anders, wenn der precario dans einen Rechtsanspruch auf den Besitz hat, den auch der Eigenthümer anerkennen muß: dann liegt ein precarium possessionis vor. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Eigenthümer sich die von ihm zu Faustpfand gegebene Sache precario zurückgeben läßt. L. 6 §. 4 h. t.; l. 15 §. 2 D. qui satisd. 2, 8; l. 35 §. 1 D. de pign. act. 13, 7; l. 36 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3; l. 2 Cod. de distr. pign. 8, 27 S. 332—234. Entsprechend ist es für den Usucapionsbesitzer der Sache. L. 29 D. de pign. act. 13, 7 S. 234. Es gilt überall, wo der Eigenthümer das Besitzrecht des precario dans anerkennen muß. L. 28 D. de a. p. 41, 2 S. 234 f. Aehnlich kann er sich precario die Detention von demjenigen einräumen lassen, dessen dingliches oder persönliches Recht auf dieselbe er anerkennen muß S. 235. Aber auch da, wo der Eigenthümer dem Besitzer den Besitz abstreiten könnte, ist ein Precarium wirksam. L. 22 pr. i. f. h. t. S. 235. Sodann deckt sich precario rogasse und precario habere nicht im Falle der l. 17 init. D. comm. praed. 8, 4 S. 235 f. Auch bei dem durch einen gewillkürten Stellvertreter erbetenen Precarium fällt das precario habere mit dem rogasse nicht zusammen. L. 4 §. 2; l. 6 §. 1; l. 13 h. t.; l. 5 §. 1 D. de pec. 15, 1 S. 236 f. Fall der Arrogation des Preca-

ristен nach classischem Rechte. L. 16 h. t. S. 237. Der Erbe des Precaristen als solcher hat nicht precario. L. 12 §. 1 h. t. S. 237 f. Weiß er von dem Precarium seines Erblassers nichts, so haftet er dem Interdicte nicht. L. 11 D. de div. temp. praescr. 44, 3 S. 238 f. Weiß er davon, so kommt es darauf an, ob er ein neues Precarium eingehen oder die Sache endgültig für sich behalten will: im letztern Falle besitzt er clam. Paul. V, 6, 12 S. 239 f., im andern besitzt er precario, wenn der precario dans seines Erblassers in Kenntniß von dessen Tode ihm die Sache läßt. Dieses Verhältniß ist vorausgesetzt in l. 8 §. 8 h. t. und l. 2 Cod. eod. S. 241 f. Das Precarium einer Gerechtsame überträgt sich entsprechend auf den Erben und auf den Singularnachfolger des Precaristen S. 242. Precario hat man von demjenigen, der das Precarium wirksam gewährt hat S. 242 und von dessen Universalsuccessor. L. 8 §. 1; l. 12 §. 1 init. h. t. S. 243, das Precarium einer Grundgerechtsame auch von dem Singularnachfolger in das belastete Grundstück, sobald dieser die Ausübung als precaristische duldet S. 243. Das von einem Gewaltunterthänigen gegebene Precarium gilt kraft der Genehmigung des Gewalthabers als von Letzterm ertheilt. L. 19 §. 1 h. t. S. 243. Das precario habere hört von selbst auf, wenn die fiduciarisch oder zu Faustpfand verpfändete Sache dem Pfandgeber precario überlassen worden ist, mit Tilgung der Pfandschuld. L. 11 h. t.; Gai. II, 60 S. 243 f.; und wenn die Waare dem Käufer precario übergeben worden ist, mit Tilgung der Preisschuld. L. 20 h. t. S. 244 f., in beiden Fällen auch bei Verzug des Gläubigers. S. 244. Nicht dagegen mit Ablauf der Frist, für die es gestattet worden ist. L. 12 pr. h. t.; l. 4 D. loc. 19, 2 S. 245—247. Stillschweigende redintegratio precarii. L. 4 §. 4 h. t. S. 247. Eine solche ist ausgeschlossen, wenn bei Ablauf der Frist der precario dans geisteskrank oder, ohne inzwischen beerbt zu sein, verstorben ist. L. 6 pr. h. t. S. 247 f. L. 5 h. t. S. 248. Mit dem Interdicte haftet auch, qui dolo fecit, ut desineret habere. L. 2 pr., l. 8 §. 3 h. t. S. 248. Der Erbe des Precaristen haftet auch für dolo fecisse, quo minus ad se perveniret. L. 8 §. 3 h. t. S. 248 f. und für das dolo desiisse habere des Erblassers quatenus ad eum pervenit S. 249.

4. Negative Voraussetzung des Interdictes ist es, daß Impetrant de re sibi restituenda cautum non habet. L. 15 §. 3 h. t. S. 249, also nicht die Rückgabe stipulirt hat S. 249 f. Das Besitzprecarium hört auf, wenn der Precarist hinterher eine locatio conductio über die Sache abschließt, umgekehrt das letztere Verhältniß, wenn der conductor sich hinterher die Sache precario gewähren läßt; gleichzeitig mit der conductio eingegangen gewährt das Precarium nur die Detention. L. 10 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3 S. 250 f. Widerlegung Bekkers S. 251 f. Der Grund der Unvereinbarkeit von conductio und Precarium liegt im innern Widerspruche beider Verhältnisse S. 252. Die gleichzeitige Eingehung beider begründet für den Precaristen nur die Pflicht, nach Verhältniß der Zeit, wofür ihm die Benutzung thatsächlich gewährt worden ist, merces zu zahlen S. 252 f. Juristischen Besitz erlangt er in diesem Falle nicht, weil dieser positivrechtlich mit einer merces unvereinbar ist S. 253. Die actio locati des precario dans beschränkt sich hier auf die merces S. 253. Hiernach schließt l. 15 §. 3. h. t. das Interdict in jedem Falle aus, wo eine Vertragsverpflichtung zur Rückgabe besteht S. 253 f.

5. Inhalt des Restitutionsbefehles. L. 8 §§. 4—6 h. t.; l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 S. 254 f. Das Interdict war unverjährbar. L. 8 §. 7 h. t. S. 255. Zuständig ist nur das forum generale des Impetraten. L. 15 §. 5 h. t. S. 255. Die legislatorische Rechtfertigung des Interdicts liegt in dem Mangel einer civilis actio. L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2; l. 14 h. t. S. 256. Dem widerspricht Paul. V, 6, 10 und Interpretatio ad h. l. S. 256. Versuche, diesen Widerspruch zu beseitigen. Cujacius S. 257. Donellus S. 257. (Bulling S. 257 f.) Degenkolb S. 258 f. Paul. V, 6, 10 ist interpolirt S. 259—261. Die actio praescriptis verbis in l. 19 §. 2 und l. 2 §. 2 h. t. ist interpolirt S. 261—264. Diese Interpolation ist vor Justinian vorgenommen S. 264. Keine exceptio propter impensas S. 264.

6. Die praktische Bedeutung des Precarium bei den Römern. Widerlegung der Niebuhr- v. Savigny'schen Ansicht, welche das Precarium auf das Lehenverhältniß der Clienten zurückführt S. 264—268.

Die Fälle der Anwendung des Precarium.

1) Das Precarium bei der Fiducia. Der creditor fiduciarius hat oft kein Intereſſe an der Innehabung der fiducia, wohl dagegen der Verpfänder S. 268 f. Das Commodat iſt für die Gebrauchsüberlaſſung ungeeignet S. 270. Anwendung der locatio conductio S. 270 f. Anwendung des Precarium S. 271 f.

2) Das Precarium beim Pignus, auch in Verbindung mit der conductio S. 272—274. Beſondrer Grund des Precarium beim pignus hinſichtlich der Verpfändung eines Sklaven S. 274 f.

3) Das Precarium beim Kaufe, dafür auch conductio der Waare, und Verbindung beider S. 275—278. Zweck des Eigenthumsvorbehaltes für den Verkäufer. L. 20 h. t.; l. 3 Cod. de pact. i. e. et v. 4, 54 S. 278 f. Beſondre Behandlung der res mancipi S. 279 f.

4) Das Precarium als Seitenſtück der widerruflichen Schenkung; Zweck des Eigenthumsvorbehaltes S. 280 f. Gegenſatz dieſer Anwendung des Precarium zum Commodate S. 281—283. Precarium an beweglichen Sachen S. 283, an Grundſtücken S. 283 f., an Gerechtſamen S. 284 f.; precariſtiſcher Verzicht auf Ausübung einer Gerechtſame S. 285. Widerlegung der Vermuthungen v. Jherings hinſichtlich des „liberalen" Precarium S. 285—288. Das Precarium als Seitenſtück der Schenkung verträgt Befriſtung nicht S. 289. Kein Zuſammenhang zwiſchen dem Rechte der lex Cincia und dem Precarium: weder dient das Precarium als Erſatz einer verbotenen Schenkung S. 289—292, noch das interdictum de precario zur Anfechtung einer ſolchen S. 292 f. Das Precarium als Seitenſtück der Schenkung läßt ſich bezeichnen als Schenkung des Beſitzes mit vertragsmäßigem Vorbehalte des Widerrufs S. 293 f. Als Seitenſtück der Schenkung ſetzt das Sachprecarium Einräumung des juriſtiſchen Beſitzes voraus S. 294 f.

5) Das Precarium als Seitenſtück der Erbpacht hat keine Erheblichkeit S. 295 f.

6) Das Precarium zum Zwecke gerichtlicher Vertretung. Widerlegung von Jherings S. 296 f.

7. Der Rechtsgrund des Interdicts liegt nicht in dem frühern Beſitze des praecario dans. Widerlegung Windſcheids und Randas S. 297 ff. Freilich folgt dies nicht daraus,

daß es wirkungslos bleibt, wenn der Impetrant sein Eigenthum nachweist; denn die Berufung auf das Eigenthum ist in gewissen Beziehungen auch bei den interdicta retinendae possessionis zulässig und war es im classischen Rechte beim interdictum de vi non armata S. 298 f. Ebensowenig steht der Einreihung unsres Interdictes unter die Besitzklagen der Umstand entgegen, daß es nirgends als recuperandae possessionis bezeichnet ist S. 299 f. Auch nicht seine Stellung im Edicte S. 300. Als Besitzklage kann es deshalb nicht gelten, weil auch ein Nichtbesitzer precario zu geben vermag. Selbst wenn in der Annahme eines Precarium ein constitutum possessorium läge, würde der Schutz des precario dans nicht auf dessen Besitze beruhen S. 301—303. Precario dare kann keineswegs jeder Nichtbesitzer, sondern nur ein solcher, der dem besitzenden Precaristen den Besitz entziehen könnte oder von dem Dritten, der dies könnte, die Gestattung erhält, dem Precaristen den Besitz zu belassen S. 303. Auch hier würde ein constitutum possessorium zwecklos sein S. 303—305. Nur insofern erlangt der Nichtbesitzer durch die precarii concessio den Besitz, als er in condicionem usucapiendi kommt S. 305 f. Das Interdict ist ein possessionis causam continens, weil seine thatsächliche Wirkung durch einen endgültigen Rechtsbehelf umgestoßen werden kann, soweit nicht zufällig die Eigenthumsfrage darin bereits entschieden ist S. 306 f.

8. Das Interdict ist keine Delictsklage. Widerlegung v. Savignys. L. 8 §. 7 h. t. S. 307 f. Es ist nicht noxal S. 308. L. 8 §. 4 h. t. S. 308 f.

9. Das Interdict ist nicht eine Klage aus einem Schuldvertrage oder aus einem quasicontractlichen Rechtsgeschäfte. 1) L. 22 §. 1 h. t. S. 310 ff. 2) Unerheblich hierfür l. 6 §. 1 h. t. S. 312 f., ebenso l. 4 §. 2 h. t. S. 313; wohl aber erheblich l. 16 h. t. S. 313 f. 3) L. 8 pr. h. t. S. 314 f. 4) L. 15 §. 3 h. t. S. 315. 5) Nichthaftung des heres ignorans. L. 11 D. de div. temp. praescr. 44, 3 und des heres sciens pro possessore possidens. Paul. V, 6, 12 S. 315 f. Widerlegung Randas, der dies auf den Satz zurückführt: beneficia non obtruduntur S. 316. 6) L. 8 §. 8 h. t. S. 317. 7) L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2; l. 8 §. 6 h. t. Widerlegung Randas aus l. 1 §. 2, l. 5 pr. D. si mensor 11, 6

S. 317 f. 8) L. 15 § 5 h. t. S. 318 f. Gar nichts beweiſet für die Contractsnatur des Precarium l. 23 D. de R. J. 50, 17 S. 319 f.

10. Die mit dem Interdicte geltend gemachte Verpflichtung des Precariſten beruht auf einem Zuſtande, nämlich auf ſeinem Haben ohne rechtlichen Grund. Widerlegung Randas durch das grundloſe Haben des verbotswidrig mit dem Beſitze beſchenkten Ehegatten S. 320 f. Beweis der Zuſtandsobligation. 1) Ihre Unvereinbarkeit mit einer verbindlichen Zuſage der Rückgabe S. 321 f. Kein Gegenbeweis aus der Concurrenz der condictio ob causam datorum mit der ſg. actio praescriptis verbis aus Innominatcontracten S. 323—325. Ebenſo wenig aus der Concurrenz einer condictio sine causa i. w. S. mit einer Contractsklage in gewiſſen Fällen S. 326 f. Widerlegung Randas mit der Berufung auf die deutſche Wechſelordnung Art. 83 S. 327 f. Concurrenz des Interdicts mit der actio locati auf zugeſagte merces S. 328 f. L. 22 §. 3 D. de pign. act. 13, 7 S. 330 f. 2) Unzuläſſigkeit einer Befriſtung zugunſten des Precariſten. L. 12 pr. h. t. S. 331 f. Ad tempus kann ein Precarium nur da gegeben werden, wo es nicht ein Seitenſtück zur Schenkung bildet S. 332 f. 3) Der Grund für den juriſtiſchen Beſitz des Precariſten liegt darin, daß er Schutz durch den precario dans nicht verlangen kann S. 333 f. Erklärung dafür, daß der Precariſt mitunter nur Detentor iſt S. 334 f. 4) Haftung des Pupillen, der ohne auctoritas tutoris ein Precarium erhält S. 335. 5) Haftung des Precariſten, der dolo malo fecit, ut desineret habere. Die Erſtreckung auf lata culpa desinere iſt keine Sonderanſicht Ulpians S. 335 f. Der Grund dieſer geringen Haftung für Verſchulden liegt nicht darin, daß das Intereſſe des precario dans eine ſtrengere Haftung nicht erheiſcht; Widerlegung v. Iherings auch hinſichtlich des Hypothekarſchuldners (L. 27 D. de pign. 20, 1; l. 17 D. ad leg. Aquil. 9, 2 N. 18 f. S. 338 f.) durch die Haftung des Ehemanns für die Dotalſachen S. 337—343. Die Haftung des Precariſten für dolus und culpa lata iſt eine delictiſche S. 343. 6) Haftung des Erben mit dem Interdicte bedingt durch deſſen Willen precario zu haben S. 343. 7) Concurrenz des Interdicts mit der condictio possessionis sine causa; Unterſchied beider Rechtsbehelfe S. 343 f.

11. Der Untergang des Interdictenverfahrens hat auf das materielle Recht des Precarium keinen Einfluß gehabt S. 344. Die civilis actio sicut commodati in der westgothischen Ueberlieferung der Receptae Sententiae des Paulus V, 6, 12 und die actio praescriptis verbis in l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. ist eine decorative Zuthat auf Grund eines mißverstandenen Dogma ohne praktische Bedeutung, selbst ohne Einfluß auf die Fassung des Klaglibells S. 344—346. Von den Anwendungsfällen des Precarium im classischen Rechte ist die Verbindung mit der Fiducia sammt dieser verschwunden, die übrigen sind in Uebung geblieben S. 346 f.
12. Vergebliche Bemühungen seit der Glosse, die actio praescriptis verbis der l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. mit der Verneinung einer iuris civilis actio ex precario in Einklang zu bringen S. 347 f. Indessen ist die Verwirrung ohne praktische Folgen, da das Sachprecarium ohnehin aus der Uebung gekommen ist S. 349 f. Fälle des Sachprecarium in Seufferts Archiv S. 350—352. In Anwendung ist noch das Precarium von Gerechtsamen S. 352—354. Das Precarium als besonderes Institut ist im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich verschwunden S. 356 f.

§. 1850.

3. Das interdictum Uti possidetis. S. 357—566.

1. Die beiden überlieferten Fassungen des Uti possidetis: die ältere bei Festus s. v. possessio, die jüngere in l. 1 pr. init. h. t. In der Fassung der l. 1 pr. fehlt nunc. Gai. IV, 160. S. 357—360. Ferner fehlt die Erwähnung des fundus. L. un. Cod. h. t. l. 1 §. 6 h. t. l. 60 D. de V. S. 50, 16 S. 360 f., wohl auch die Erwähnung des locus. L. 3 §§. 4, 6 h. t. Frontin. de controv. agr. Lachm. p. 44 v. 4 S. 361 f. Das Interdict bezieht sich auf jeden Besitz von Grund und Boden. L. 1 §. 8 h. t.; l. un. §. 1 med. D. utrubi 43, 31. Paul. V, 6, 1 S. 362 f. (nicht aber auf res soli divini iuris S. 363), auch auf den Besitz reeller und ideeller Theile davon L. 1 §. 7 h. t. S. 364.
2. Die Unterschiede beider Fassungen sind nur redactionell. Widerlegung der Ansicht Kleins, wonach die Bedeutung des Uti possidetis vier Phasen mit verschiedener Fassung durchgemacht hat S. 364—382.

3. Die Duplicität des Uti possidetis. Impetrirt werden kann es auch von einer Partei allein S. 383. Sein Verbot richtet sich stets gegen beide. Gai. IV, 150. 160. 166a. L. 1 §. 1. l. 3 §. 1 h. t. Paul. V, 6, 1 §. 4a; J. de interd. 4, 15 S. 384 f. Keine Partei ist genöthigt, sich auf das doppelseitige Verfahren ex interdicto reddito einzulassen S. 385 f.
4. Das Verbot der vis ist real gemeint S. 386 f. Das doppelseitige Verfahren setzt beiderseits eine reale vis voraus (Widerlegung der Ansicht Pflügers, Cic. pro Caec. beweise für eine vis ex conventu N. 39) Cic. pro Caec. 16, 45 S. 387—392. Nichts dagegen beweiset Theophil. ad pr. J. de interd. 4, 15 S. 392—398.
5. Die fructus licitatio. Gai. IV, 166 S. 399. Sie geschieht unter Leitung des Prätors; hatte der plus licitans bisher den Besitz nicht gehabt, so erhielt er ihn nunmehr; der minus licitans, der den juristischen Besitz gehabt hatte, verlor ihn (L. 52 §. 2 D. de a. p. 41, 2 N. 53) S. 399—401. Die fructus licitatio folgte der beiderseits vorgenommenen realen vis thunlichst bald S. 401. Der plus licitans mußte um den Besitz zu erhalten satisdatio leisten S. 401 f.
6. Die Doppelsponsionen fanden unmittelbar vor der litis contestatio aus ihnen im rerum actus statt. L. 1 pr. i. f. h. t. nach Lenels Restitution S. 402 f. Bis zur Entscheidung über die Klagen aus ihnen wurde der Besitz des plus licitans durch das imperium geschützt S. 403. Die Fassung der Sponsionen. Gai. IV, 166 i. f. 166a. Statt der Doppelsponsionen konnte anscheinend Eine sponsio mit restipulatio gewählt werden S. 403—405. L. 1 pr. i. f. h. t. nach Lenels Restitution der summa sponsionis setzte als Höchstbetrag das durch Calumnieneid veranschlagte Interesse fest S. 405—407.
7. Für den Fall, daß der plus licitans in den Klagen aus den Sponsionen unterlag, wurden mit diesen Klagen zwei Nachklagen an denselben Geschwornen überwiesen, nämlich das iudicium Cascellianum auf Herausgabe des Besitzes sammt dessen Früchten, und die Klage aus der fructuaria stipulatio auf die summa licitationis. Gai. IV, 166a i. f. 167 S. 407—409. Statt beider Klagen konnte der minus licitans auch eine einzige Klage de fructus licitatione wählen, wenn er die fructuaria stipulatio unterlassen hatte. Gai. IV, 169

S. 409f. Dieſe umfaßte vermuthlich das volle Intereſſe des minus licitans daran, daß der Gegner den Beſitz erſteigert hatte S. 410—412. Vielleicht bezog ſich hierauf l. 3 §. 11 h. t. S. 412. Die Entſcheidung für dieſe Alternative mußte gleich nach der fructus licitatio ſtattfinden S. 413f. Für alle dieſe Nachklagen mußte der plus licitans Satisdation leiſten S. 414f. Bei Verjährung des Anſpruchs auf den Abſchluß der Sponſionen behält der Höchſtbieter den Beſitz als iuste ab adversario possidens S. 415f.

8. Das Ergebniß der fructus licitatio ändert an der proceſſualiſchen Gleichſtellung der Parteien nichts S. 416f. Mit der sponsio: quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit — ſiegt nicht nur, wer beim Erlaß das Interdict dem Gegner gegenüber fehlerfrei beſeſſen hat, ſondern auch der Nichtbeſitzer, von dem der Gegner vitio beſitzt; es ſetzt den Letztern der Eigenmacht dieſes Nichtbeſitzers nicht nur ſchutzlos aus, ſondern unterſagt ihm auch den Widerſtand gegen ſie S. 417—421. Der damit begründeten Function des Uti possidetis ſteht es nicht entgegen, das eine possessio plurium in solidum von den ſpäteren römiſchen Juriſten verworfen worden iſt. L. 3 pr.; l. 1 §. 9 h. t. S. 421—423.

9. Dieſe recuperatoriſche Function des Uti possidetis wird vermittelt durch die ſg. exceptio vitiosae possessionis, die ein weſentliches Stück des Interdicts bildet. L. 1 §. 5 h. t. S. 424f. Die recuperatoriſche Function des Uti possidetis verträgt ſich mit deſſen Bezeichnung als interdictum retinendae possessionis: dieſe erklärt ſich dadurch, daß die thatſächlich nicht beſitzende Partei eine Handlung vornehmen muß, die als Geltendmachung des ihr zukommenden Beſitzes erſcheint S. 425; jedenfalls aber iſt ſie zuläſſig als denominatio a potiori S. 425f. Fälle, in denen der Nichtbeſitzer zweckmäßig das Uti possidetis impetrirt S. 426—428. L. 17 pr. D. de a. p. 41, 2 begründet keinen Einwurf gegen die recuperatoriſche Function des Uti possidetis S. 429 (Inhalt der l. 17 pr. cit. N. 16). Beſchränkung der exceptio vitiosae possessionis gegenüber dem Eigenthümer S. 430f.

10. Verlauf des doppelſeitigen Verfahrens aus den Sponſionen, falls eine Partei den ihr obliegenden Beweis erbringt, die andre nicht S. 431f.; falls keine Partei ihn erbringt

S. 432—435; falls jede ihn erbringt. L. 3 pr. h. t. S. 435—438.

11. Verlauf des Verfahrens, falls nach Erlaß des Interdicts keine Partei eine Handlung vornimmt, welche die andre als vis adversus edictum gelten lassen muß S. 439 f. Verlauf, falls die eine Partie die cetera ex interdicto vornimmt, die andre nicht; hier werden die interdicta secundaria nothwendig. Gai. IV, 170 S. 440—442. Ihre Fassung erwähnte schwerlich, daß der Impetrat die cetera unterlassen habe S. 442. Es sind keine unbedingte Befehle: der Impetrant hat beim secundarium restitutorium manchmal sein eignes Besitzrecht darzuthun S. 442—444, nicht minder die facultas restituendi des Impetraten S 445 oder dessen bolosses Aufgeben dieser Fähigkeit S. 445 f.; ebenso beim secundarium prohibitorium sein Besitzrecht S. 446. Vermuthliche Fassung der interdicta secundaria S. 446. Gründe, weshalb der Impetrat es zum secundarium kommen läßt S. 446 f. Im Einzelfalle ist stets nur Ein secundarium zulässig S. 447. Die Möglichkeit der Erwirkung des secundarium hindert den Impetraten an neuer Erwirkung des primarium S. 447.

12. Fälle des secundarium restitutorium.

1) Der plus licitans unterläßt die ferneren cetera S. 447;

2) der juristische Besitzer hat das Uti possidetis gegen jemanden erwirkt, der das streitige Grundstück nur detinirt, und zwar wenigstens nach des Impetranten Behauptung für diesen:

a) der Detentor des Impetranten hat angeblich die Befugniß zur Detention nicht. L. 3 §. 7 h. t. S. 447 f.;

b) der Detentor behauptet Eigenthümer zu sein. L. 25 Cod. de loc. 4, 65 S. 448 f.;

c) die Meinungsverschiedenheit betrifft nur den Umfang der Befugnisse des Detentors. L. 3 §. 3 h. t. S. 449 f.;

d) der Detentor bestreitet, daß der Impetrant Erbe des frühern juristischen Besitzers sei S. 450 f.;

3) der iniuste vom Gegner Besitzende unterläßt die cetera S. 451 f.;

4) der Impetrat tritt als Detentor eines Dritten auf, während der Impetrant ihn weder als seinen Detentor, noch jenen

Dritten als iuste a se possidens gelten lassen will (L. 3 §. 10 h. t.) S. 452—455.

In den Fällen 2, 3 und 4 verschafft das secundarium restitutorium stets, im Falle 1 manchmal dem Impetranten einen juristischen oder natürlichen Besitz wieder, den er schon vor Erlaß des primarium verloren hatte: auch hier wirkt das Uti possidetis recuperatorisch S. 455.

13. Anwendung des secundarium prohibitorium. Infolge seiner Aufstellung ist der Besitz auch gegen bloße Störung geschützt S. 455 f. Die Thatsache, daß hierzu erst das secundarium diente, beweiset, daß die Einführung des Uti possidetis nicht vorwiegend die Zurückweisung bloßer Eingriffe in den Besitz bezweckt hat S. 456. Indessen genügte es mittels des secundarium prohibitorium auch diesem Zwecke. L. 3 §. 2 h. t. S. 456 f. L. 3. §. 4 h. t. S. 457 f. Die Umständlichkeit, zum Schutze des Besitzes gegen bloße Störung zunächst das primarium, dann das secundarium Uti possidetis erwirken zu müssen, war nicht groß: der Erlaß des secundarium prohibitorium konnte sich unmittelbar an den Erlaß des primarium anschließen, wenn der Impetrat erklärte, er lasse sich auf die cetera nicht ein S. 458 f. Ebenso konnte das secundarium restitutorium unmittelbar nach dem primarium ergehen S. 459. Das secundarium prohibitorium verbot nicht die weitere Ausübung einer iuris quasi-possessio, welche die corporis possessio des Impetranten beschränkt S. 459 f. Wohl dagegen unterliegt ihm jede gegen den Willen des Impetranten vorgenommene Verfügung seines Pächters an einem unbewohnten Grundstücke S. 460.

14. Wie jedes prohibitorische Interdict richtet auch das secundarium prohibitorium sich nicht gegen eine bereits eingetretene Störung als solche, sondern gegen eine künftige; es begründet an sich nur die negative Pflicht, das im Edicte Verbotene zu unterlassen. L. 3 §. 5 h. t. S. 460—467; l. 3 §. 6 h. t. S. 463 f. (Die richtige Lesart dieser Stelle N. 46; Widerlegung der Ansicht Pflügers N. 47.)

15. Eine positive Verpflichtung des Impetraten tritt, wie bei allen auf vim fieri veto lautenden Interdicten dann ein, wenn er selbst vor Erlaß des Interdicts einen Zustand geschaffen hat, dessen Fortdauer edictswidrig erscheint, also wenn er auf dem Grundstücke des Gegners eine Veränderung

vorgenommen hat, die, ohne ihres Urhebers eignen Besitz umzugestalten, durch ihre Fortdauer den Besitz des Gegners stört. L. 3 §. 9 h. t. S. 467—470. Als edictswidrige vis gilt nur ein solches Gebahren, das den Besitzstand des Impetranten aufhebt oder schmälert (l. 11 D. de vi 43, 16. l. 52 §. 1 D. de a. p. 41, 2) S. 470. Einerlei aber ist es, zu welchem Zwecke dieses Gebahren erfolgt: eine Rechtsanmaßung des Impetraten wird nicht erfordert, nicht einmal ein Bestreiten des impetrantischen Besitzes S. 470f. Die das secundarium prohibitorium begründende possessionis controversia liegt in der Beeinträchtigung des Impetranten am uti sua re arbitrio suo S. 471f. Widerlegung der Ansicht von Jherings, wonach das Uti possidetis, abgesehen von Anstalten (l. 5 §. 10 i. f. D. de O. N. N. 39, 1), nur negative Eingriffe in den Besitz verbiete, d. h. Prohibitionen, in denen eine Aneignung des Besitzes gefunden werden kann (Erklärung von l. 15 §. 31, l. 20 D. de iniur. 47, 10, l. 15 §. 1 D. quod vi 43, 24, l. 44 D. de iniur. 47, 10, l. 8 §. 5 i. f. D. si serv. 8, 5, l. 11 D. de vi 43, 16) S. 472—480. Indessen begründet nicht jeder Eingriff das secundarium prohibitorium, sondern nur ein solcher, der die thatsächliche Verfügung des Impetranten beeinträchtigt oder gar ausschließt: nur in einem solchen liegt eine possessionis controversia, einerlei übrigens, ob er in einer unmittelbaren Verhinderung besteht, negativ ist, oder durch dauernde Veränderungen auf dem Grundstücke des Impetranten, Anstalten, bewirkt ist, oder in einem persönlichen positiven Eingriffe besteht, der den Besitzer mittelbar hindert S. 480f. Nicht dagegen trifft das Uti possidetis ein solches widerrechtliches Gebahren, das dem Besitzer die volle Freiheit der Verfügung über das Grundstück beläßt S. 481f. Anders, sofern ein derartiges Gebahren Anspruch auf Schutz in seiner Wiederholung begründet, als Quasibesitz einer Servitut, einer Reallastgerechtigkeit, ein durch die actio spolii geschütztes rein persönliches Verhältniß S. 482—484. Einerlei ist es, ob die Einwirkung auf die Verfügungsfreiheit des Besitzers die unmittelbare Folge einer Handlung des Impetraten ist, oder die mittelbare: es genügt, daß sie in nothwendigem Causalzusammenhange aus jener Handlung hervorgegangen ist S. 484—486.

16. Das Uti possidetis steht nach seiner edictsmäßigen Fassung nur demjenigen zu, qui possidet oder a quo adversarius iniuste possidet. Der maßgebende Begriff des possidere ist aber mit den Worten des Interdicts nicht gegeben; noch weniger stand er schon vorher fest; vielmehr hat die römische Praxis gemäß ihren Anschauungen vom Schutzbedürfnisse die Anwendbarkeit des Interdicts casuistisch festgestellt S. 486 f. Abgesprochen wird das Interdict den rei servandae oder custodiae causa Immittirten l. 3 §. 8 h. t.; diese schützte anfangs das imperium, später eine actio in factum, daneben in gewissen Fällen ein besondres prohibitorisches Interdict S. 487—489. Ferner fehlt das Uti possidetis den procuratorischen Inhabern eines Grundstücks, sowie den selbstnützigen, welchen der bisherige juristische Besitzer kraft eines obligatorischen Vertrages nur zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist. L. 9 D. de R. V. 6, 1; l. 3 §. 15 l. 4 D. ad exh. 10, 4. Gai. IV, 153 S. 489 f. Die bloß procuratorischen Detentoren bedürfen des Schutzes überhaupt nicht; die selbstnützigen finden ihn durch Vermittelung des Besitzherrn; von Jherings geschichtliche Erklärung für den mangelnden Besitzschutz der letzteren ist unnöthig und unbefriedigend S. 491 f. Besitzschutz hat der Faustpfandgläubiger L. 16 D. de usurp. 41, 3 S. 493. Widerlegung der Erklärung v. Jherings S. 493 f.; wahrer Grund dafür S. 494 f. Besitzschutz des Precaristen als Regel S. 495.

17. Sequestration mit Besitzschutz bei Grundstücken? Hat der Sequester einer beweglichen Sache stets juristischen Besitz? L. 17 §. 1 D. dep. 17, 3; l. 39 D. de a. p. 41, 2. Widerlegung v. Jherings S. 496—501. Der praktische Zweck der Sequestration omittendae possessionis causa lag bei beweglichen Sachen in der zeitlichen Voraussetzung des Utrubi S. 501—505. Bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen lag vielleicht ein ähnlicher Anlaß in der Besorgniß vor Vollendung der Usucapion des Besitzers, wenn dieser Aufschub der litis contestatio in der rei vindicatio wünschte S. 505 f.

18. Der Inhaber eines ager vectigalis oder einer Emphyteuse ist nicht juristischer Besitzer. Ist das Grundstück ein öffentliches, so hat er zu seinem Schutze das petitorische interdictum de loco publico fruendo S. 507. Der Inhaber einer

Privatemphyteuſe war auf Beſitzſchutz durch den Grundherrn verwieſen S. 507. Daß der Superficiar corporis possessor ſei, beweiſet weder l. 1 §. 5 D. de vi 43, 16, noch die Analogie des Emphyteuta S. 507 f. Den ihm nöthigen Beſitzſchutz gewährt das interdictum de superficiebus. Dieſes wäre bedeutungslos, wenn es ſich auf den Streit zwiſchen zwei Prätendenten der nämlichen Superficies beſchränkte S. 508 f. Als duplex wird es erſt verſtändlich, ſofern es den Streit zwiſchen zwei Superficiaren verſchiedener Gebäudetheile hinſichtlich der gemeinſchaftlichen Benutzungen andrer Gebäudetheile ſchlichtet S. 510. Erklärung von l. 3 §. 7 h. t. An einem Gebäudetheile war das Superficiarrecht vielleicht nur dann ſtatthaft, wenn dieſer einen beſondern Zugang hatte S. 511—518. Das Interdict ſchützt auch die Superficies an einem ganzen Gebäude S. 518—520. Für den Quaſibeſitz des Nießbrauchs war ein Uti possidetis utile proponirt. Vat. fragm. §. 90; l. 27 D. de donat. 39, 5; l. 4 h. t. S. 520 f. Es findet als duplex ſtatt zwiſchen zwei Prätendenten des nämlichen Nießbrauchs, wie zwiſchen einem ſolchen und dem corporis possessor oder dem Prätendenten des Uſus S. 521—523. Entſprechend wird ein Uti possidetis utile dem Quaſibeſitzer des Uſus gegeben, dieſem auch gegenüber dem Prätendenten eines andern Uſus an demſelben Grundſtücke oder gegenüber dem corporis possessor, wenn der Gegner nur die Art der Ausübung bemängelt S. 523. In allen Fällen ſchützen dieſe interdicta utilia als secundaria auch gegen bloße Störung S. 524.

19. Die hauptſächlichſte Anwendung hat das Uti possidetis für denjenigen, der die ihm thatſächlich zuſtehende Verfügung über ein Grundſtück nach ſeinem Belieben gebrauchen will. Einerlei iſt es, ob er das corpus unmittelbar hat oder durch einen Detentor. Gai. IV. 153; §. 5 J. de interd. 4, 15. L. 9 D. de a. p. 41, 2 S. 525. Einerlei ferner, ob er das corpus iuste oder iniuste erworben hat. L. 2 h. t. S. 525. Falſch iſt es, den Beſitzſchutz auf den Beſitz mit dem animus possidendi und die Fälle des ſ. g. abgeleiteten Beſitzes zu beſchränken; auch ohne den animus domini hat Beſitzſchutz der negotiorum gestor S. 526 f.; der ehrliche Finder S. 527; der Inhaber, der ſich irrig für einen Hausſohn hält S. 527 f.; derjenige, dem die Innehabung einer Sache zwecks der

Eigenthumsübertragung eingeräumt ist, während die iusta causa der Eigenthumsübertragung noch von einer Bedingung abhängt S. 529—532. Ebenso wird juristischer Besitzer derjenige, dem der Besitz nur unter einer Bedingung oder einer Voraussetzung eingeräumt worden ist, wenn die Bedingung eintritt, die Voraussetzung zutrifft, sollte er davon auch nichts wissen S. 532 f. Umgekehrt bleibt juristischer Besitzer, wer durch mancipatio oder in iure cessio (durch Auflassung) sein Eigenthum aufgiebt, die Innehabung aber behält S. 533 f. Daß der animus sibi possidendi nicht entscheidet, zeigt auch die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Umfassender Inhalt dieser Regel S. 535—540. Ergebniß: das thatsächliche Verhältniß einer Person zu einer Sache, welches diese der Verfügung jener zu unterwerfen geeignet und von ihr mit dem Willen ergriffen ist, die Verfügung vorzunehmen, wird mit dem interdictum retinendae possessionis in allen Fällen geschützt, in denen die Person dieses Schutzes bedarf und ihn nicht etwa auf anderm Wege in genügender Weise erhält, sei es infolge eines persönlichen Anspruchs gegen eine bestimmte dritte Person, die ihr den Besitzschutz zu vermitteln verpflichtet ist, sei es vermöge eines besondern Rechtsbehelfes, der ihr unmittelbar auch gegen Dritte den erforderlichen Schutz gewährt S. 540—543. Mit der Behauptung und dem Beweise der thatsächlichen Herrschaft über die Sache ist der Anspruch auf unmittelbaren Besitzschutz begründet. Paul. V, 11, 2 S. 543—545.

20. Das Uti possidetis zwischen Mitbesitzern findet als primarium statt, wenn der eine Mitbesitz, der andre Alleinbesitz beansprucht, oder jeder eine größere Besitzquote, als der andre ihm zugesteht S. 545 f. Praktischer Unterschied im Zwecke dieser Anwendung des Uti possidetis von dem Zwecke der actio communi dividundo S. 546. [L. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3 S. 546 ff. N. 79.] Fructus licitatio bei dieser Anwendung des Uti possidetis S. 547 f. Beanspruchte keine Partei eine größere Quote des Besitzes, als die andre ihr zugestand, so konnte es nur zum secundarium prohibitorium kommen. Eine interdictswidrige vis liegt hier in jeder willkürlichen Handlung eines Mitbesitzers, welche eine Veränderung am gemeinsam besessenen Grundstücke bewirkt, sowie in der Behinderung eines Mitbesitzers an einer nothwendigen Ver-

fügung am Grundstücke. L. 12 D. comm. div. 10. 3. L. 3 §§. 1 sq. D. de O. N. N. 39. 1. S. 548—562. Das Uti possidetis wegen einer Besitzquote setzt voraus, daß diese Quote objectiv und subjectiv feststeht; die Möglichkeit der vindicatio incertae partis läßt sich für das Uti possidetis nicht analog verwenden S. 552—554. Die Mehreren, welche sich auf einem Grundstücke aufhalten, das jeder von ihnen besitzen, aber auch die übrigen mitbesitzen lassen will, besitzen es auch zusammen nicht, wenn sie sich über ihre Besitzantheile nicht verständigt haben: sie können auch zusammen nicht das Uti possidetis anstellen S. 554 f.; nicht usucapiren S. 555 f.; nicht die fructus naturales erwerben S. 556. L. 32 §. 2 D. de usurp. 41, 3. S. 557 f.

21. Als prohibitorisch ist das interdictum Uti possidetis primarium zeitlich unbeschränkt. L. 1 pr. h. t. ist interpolirt: das Edict kann nur von der zeitlichen Beschränkung geredet haben, der die Erwirkung einer sponsio aus dem interdictum primarium oder secundarium unterlag S. 559. Wirkung dieser zeitlichen Beschränkung bei unbenutztem Ablaufe der Jahresfrist S. 560 f.

22. Der Anspruch auf das Uti possidetis primarium vererbt activ nicht, auch nicht in seiner recuperatorischen Function S. 561. Zur Wiedererlangung des Besitzes, den der Erblasser bei seinem Tode hatte, dient gegenüber dem possessor pro herede oder pro possessore von jeher die hereditatis petitio und das Quorum bonorum; die missio Hadrianea und nach l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 auch das Quorum bonorum gehen gegen jeden eigenmächtigen Besitzer solcher Sachen, die der Erblasser bei seinem Tode besessen hat S. 562 f. Passiv ist das Uti possidetis unvererblich S. 563. Stirbt nach Erlaß des Uti possidetis primarium eine Partei, bevor die Doppelsponsionen abgeschlossen sind, so kann das Verfahren als doppelseitiges nicht fortgesetzt werden S. 563—565. War es beim Tode einer Partei schon gewiß, daß das Verfahren als doppelseitiges nicht fortgesetzt werden könne, so läßt sich ein interdictum secundarium nicht mehr erwirken S. 565. Wirkung des vor dem Tode einer Partei erwirkten secundarium für und gegen den Erben S. 565 f.

§. 1851.

4. Das interdictum Utrubi S. 566—616.

1. Die Fassung des Interdicts. Gai. IV, 160. l. 1 pr. h. t. Theophil. ad §. 7 J. de interd. 4, 15. Widerlegung Huschkes S. 566—568. Das „apud quem" bei Gai. IV, 160 ist eine in den Text gerathene Erläuterung zu „Utrubi vestrum"; das „vestrum", bei Theophil. l. c. erhalten, ist in den anderen Ueberlieferungen ausgefallen S. 568 f. Die s. g. Vitiositätsclausel ist von Anfang an im Utrubi enthalten gewesen. L. 1 §. 1 h. t. §. 4 a. i. f. J. de interd. 4, 15. S. 570—572.

2. Widerlegung der Hypothesen Kleins über vermeintliche Entwickelungsphasen des Utrubi S. 572—575.

3. Mit dem Utrubi siegt nicht, wer gegenwärtig fehlerfrei besitzt, sondern nur, wer im letzten Jahre vor Erlaß des Interdictes länger als der Gegner diesem gegenüber fehlerfrei besessen hat S. 575 f. Der Eigenthümer kann grundsätzlich nicht vitio besitzen S. 576. Clam besitzt nicht blos der Dieb selbst, sondern jeder, der mala fide den Besitz einer fremden beweglichen Sache durch Tradition ex iusta causa erwirbt. L. 40 §. 2 D. de a. p. 41, 2 S. 576 f; um so mehr, wer ihn iniuste erwirbt S. 577. Zwischen Gegnern, deren jeder innerhalb des letzten Jahres dem andern gegenüber fehlerfrei besessen hat, entscheidet die längere Besitzzeit innerhalb jenes Zeitraumes. Gai. IV, 152. Theophil. ad §. 4 i. f. J. de interd. 4. 15 S. 577 f. Anwendung der Sequestration mit Uebertragung des Besitzes auf den Sequester zu dem Zwecke, eine Verschiebung des Verhältnisses der Besitzzeiten zu ungunsten des frühern Besitzers zu verhüten. L. 17 §. 1 D. dep. 16, 3. l. 39 D. de a. p. 41, 2 S. 578—580.

4. Accessio possessionis. Sie ist im Edicte vorgesehen für die Rechtsnachfolge durch Kauf und durch Erbgang S. 580—582 und wurde im Einzelfalle in der Formel des Interdictes erwähnt S. 582. Auf andere Gründe der Rechtsnachfolge ist sie durch Interpretation erstreckt, aber im Einzelfalle stets nur nach Ermessen des Prätors im Interdicte berücksichtigt. L. 14 pr. D. de div. temp. praescr. 44, 3 S. 582. Ihre Grundsätze: Besitzerwerb auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden oder einer Rechtsnachfolge von Todeswegen.

L. 14 cit. §. 1 S. 583, auch der Inteſtaterbfolge. Gai. IV, 151 S. 584 f. und eines Vermächtniſſes S. 585 f. Nichterforderlich iſt unmittelbarer zeitlicher Anſchluß des ſpätern Beſitzes an den ältern S. 586. Succeſſive Acceſſion S. 587. Stets ſetzt die Acceſſion voraus, daß der ſpätere Beſitz auf Grund eines gültigen Rechtsverhältniſſes erworben iſt S. 587. (L. 13 §. 8 D. de a. p. 41, 2 N. 44 S. 588). Quellenmäßige Fälle der Acceſſion S. 588—590. Sie findet auch ſtatt hinſichtlich der Beſitzzeit eines iniustus possessor, ſofern dieſer den Beſitz demjenigen reſtituirt, von dem er ihn erworben hat. L. 13 §. 9 D. de a. p. 41, 2 S. 590—592. Sie findet nur ſtatt zugunſten eines fehlerloſen Beſitzes. L. 13 cit. §. 13. (l. 5 D. de div. temp. praescr. 44, 4 N. 53a S. 592.) Gai. IV, 151 med. und i. f. S. 592. Auch hierauf weiſet die in das Interdict eingerückte Acceſſionsclauſel hin. L. 13 cit. §. 1. S. 593. L. 4 §. 27 D. de doli m. exc. 44, 4 S. 593. Die accessio erfordert eignen Beſitz deſſen, dem ſie zukommen ſoll. Gai. IV, 151 med. l. 13 cit. §. 2 D. de a. p. 41, 2. l. 16 D. de div. temp. praescr. 44, 4. S. 593 f., auch kann ſie auf Grund der Erbfolge ſtattfinden. L. 13 cit. §. 4 D. de a. p. 41, 2. S. 594 f. Nicht erfordert wird hier Beſitz des Erblaſſers bei ſeinem Tode. L. 13 cit. §. 5 S. 595. Weder die Beſitzzeit des Rechtsvorgängers, noch diejenige des Nachfolgers braucht eine zuſammenhangende zu ſein S. 595. Die accessio der Beſitzzeit des Rechtsvorgängers findet gemäß der Billigkeit nicht nur Dritten gegenüber ſtatt, ſondern auch gegenüber jenem ſelbſt. L. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3 S. 596. Indeſſen iſt gemäß derſelben Billigkeit die Zurechnung der Beſitzzeit des Rechtsvorgängers dieſem gegenüber ausgeſchloſſen, wo er die causa der Tradition anfechten kann, z. B. wegen Betruges, Zwanges, ex lege Cincia de donationibus Vat. fragm. §§. 293. 311 S. 596—598. Mit Rückſicht auf die Möglichkeit der Beſitzentziehung dnrch das Utrubi muß der Verkäufer dafür einſtehen, daß der Käufer im Utrubi gegen einen Dritten superior ſei. L. 11 §. 13 D. de A. E. 19, 1 S. 598 f. Der Beſitz bildet nur dann einen geeigneten Gegenſtand für ein Kaufgeſchäft des nichtbeſitzenden Eigenthümers, wenn er im Utrubi dem Verkäufer unterliegen würde. L. 34 §. 4 D. de C. E. 18, 1 S. 599. Nach Unterordnung des Utrubi unter die Grundſätze des Uti possidetis iſt die accessio posses-

sionis bei jenem weggefallen; die auf sie bezüglichen Aussprüche sind nur versehentlich in die Compilation aufgenommen S. 599 f.

5. Das Utrubi verbietet dem Unterliegenden, den Gegner am ducere des Streitgegenstandes zu hindern S. 600. Widerlegung der Ansicht v. Jherings, der superior sei durch den Erlaß des Utrubi ermächtigt, ohne Rücksicht auf das Hausrecht des Gegners den Streitgegenstand bei diesem aufzusuchen und an sich zu nehmen S. 601. Die Möglichkeit des ducere ließ sich nur dann sicher bieten, wenn der Streitgegenstand bei Erlaß des Interdicts in iure anwesend war S. 601 f. Beweise für diese Anwesenheit: Analogie der legis actio sacramento in rem mobilem S. 602; das hic homo der Interdictsformel S. 602 f.; nothwendige Exhibition des Streitgegenstandes. L. 13 Cod. de R. V. 3, 32 S. 603 f.; Bedeutungslosigkeit der Ermächtigung zum ducere für den bisherigen Besitzer, falls nicht die Sache in iure der Verfügung des Prätors anheimgestellt wird S. 604 f.; Unsicherheit der Möglichkeit der beiderseitigen vis, wenn nicht die Sache in ius gebracht wird S. 605; ebenso der Statthaftigkeit eines secundarium interdictum gegen den nicht besitzenden Gegner ohne jene Voraussetzung S. 605 f. Widerlegung der Bedenken Hellmanns gegen die Darstellung der Sache in iure S. 606 f. Diese Darstellung rechtfertigt die Bezeichnung des Utrubi als retinendae possessionis S. 607 f.

6. Muthmaßlicher Verlauf des Verfahrens. Doppelseitiges Verfahren S. 608. Secundarium prohibitorium S. 608. Secundarium restitutorium S. 609.

7. Das doppelseitige Verfahren entscheidet die Frage: welche Partei als schutzwürdiger Besitzer zu gelten habe; es war noch am Ende der classischen Zeit häufig S. 609. Sehr häufig impetrirte ein Nichtbesitzer das Utrubi; unterließ der Gegner die cetera, so hatte es hier recuperatorische Function S. 610. Seine Vorzüge vor dem Uti possidetis S. 610, der condictio possessionis, und zwar processuale S. 610 f. und materielle S. 611 f.; der condictio possessionis ex causa furti S. 613. Das Utrubi dient nicht zur Abwendung einer Störung, die nicht auf Besitzesentziehung hinausläuft S. 613 f.

8. Das Verhältniß zur Sache, welches das Utrubi begründet, ist in seiner Formel bezeichnet: Ubi — fuit; die römische Praxis hat die hiernach geschützten Verhältnisse bestimmt und als

„possessio“ zusammengefaßt S. 614 f. Verjährung des Rechtes auf diesen Schutz. L. 156 D. de V. S. 50, 16 S. 615 f. Zeitliche Beschränkung der Sponsionen ex interdicto reddito und Vererbung des Interdicts S. 616.

§. 1852.

5. Entstehung der Besitzinterdicte. S. 617—651.

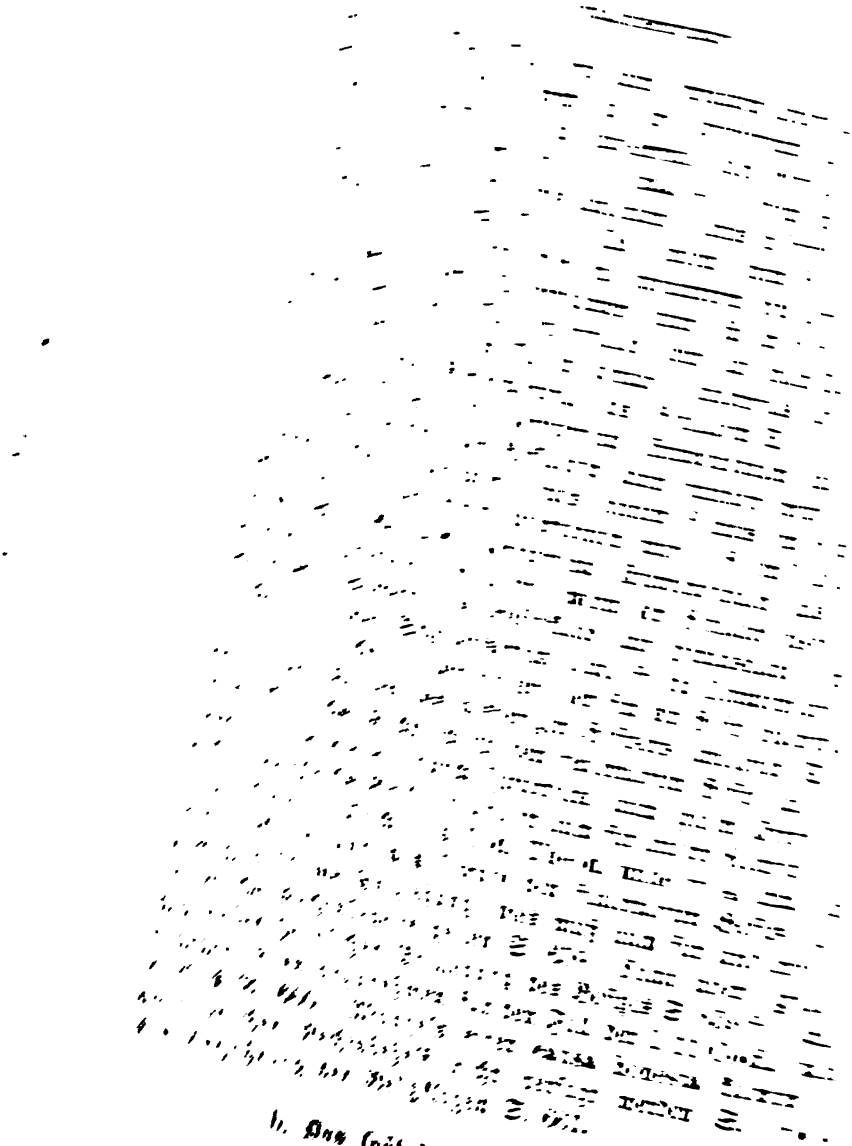
1. Widerlegung der Niebuhr-Bernburgschen Ansicht, wonach die Besitzinterdicte ursprünglich zum Schutze der possessio am ager publicus aufgestellt sind. Festus s. v. possessio. Cic. de lege agr. III, 3. 11 S. 617—623. Lex agraria v. J. 643 d. St. S. 623 f.
2. Widerlegung der Ansicht, daß die interdicta retinendae possessionis aufgestellt sind, um die Parteirollen für den Eigenthumsproceß festzustellen. Gai. IV. 148. L. 1 §§. 2 sq. D. uti poss. 43, 17. §. 4 J. de interd. 4 15. §. 4 cit., die dies allerdings sagt, ist eine kritiklose Umarbeitung von Gai. IV, 148 S. 625 f. Gai. IV, 148 sagt etwas ganz Anderes; ebenso l. 1 §§. 2 sq. cit. S. 626 f. Die interdicta retinendae possessionis haben auch nicht die Function der Vindicienregulirung S. 627 f.
3. Karlowas Ansicht, wonach sie eingeführt sind aus dem praktischen Bedürfnisse, den Besitz zu schützen S. 628. Dies wird näher dahin bestimmt, daß zuerst das interdictum de vi armata aufgestellt ist zum Schutze einer beliebigen thatsächlichen Beziehung zu einem Grundstücke gegen bewaffnete Gewalt S. 629 f.; daß damit der Gedanke Platz fand, auch andere Beziehungen zur Sache, als das Eigenthum, seien schutzwürdig; als derartige Beziehung, die auch gegen andere Angriffe, als bewaffnete Gewalt, Schutz verdiene, wurde demnächst im Uti possidetis und im interdictum de vi non armata die possessio hingestellt, deren Begriff nunmehr von der Praxis entwickelt worden ist S. 630. Vermuthlich ist das Uti possidetis das ältere dieser beiden Interdicte S. 630 f. Das Utrubi ist vermuthlich jünger als das Uti possidetis; aufgestellt ist es jedoch wohl, bevor der Begriff der possessio feststand S. 631. Aelteste datirte Spuren der Besitzinterdicte S. 631 f.
4. Wo ein interdictum retinendae possessionis vorangegangen war, konnte der Eigenthumsstreit nicht mittels der legis actio

sacramento in rem verhandelt werden S. 632 f. Es entstand für diesen Fall das in rem agere per sponsionem S. 634 bis 636. Die legis actio sacramento in rem blieb anwendbar, wo kein interdictum retinendae possessionis stattgehabt hatte S. 637. Die Vindicienregulirung aber ward zur bloßen Form, die wegen der Bestellung von praedes litis et vindiciarum beibehalten, aber nunmehr aus dem Beginne des gerichtlichen Verfahrens (Liv. III, 47, 5. 56, 4. Dionys. XI, 36 i. f. — Gellius N. A. XX, 10, 7 sq. L. 2. §. 24 D. de O. J. 1, 2) in den Litisconteſtationstermin verſchoben wurde. Gai. IV, 16. Wo der Beſitz an dem ſtreitigen Grundſtücke nicht ganz gewiß war, ſtellten die Parteien ihn zwecks der Vindicienregulirung feſt durch deductio moribus S. 376—643. Cic. pro Caec. 1, 2 S. 643. Im Streite um das Erbrecht war die legis actio sacramento in rem nur anwendbar, wenn keine Partei die bonorum possessio agnoscirt hatte; wo dies geſchehen war, mußte per sponsionem geklagt werden. Cic. in Verr. act. II. lib. I, 45, 115 und Ps. Ascon. ad h. l. S. 643–647. Bei der hereditatis petitio sacramento in rem hatte die Vindicienregulirung immer noch reelle Bedeutung. Cic. l. c. §. 116 S. 647 f. L. 1 §. 2 D. uti poss. 43, 17 S. 648. L. 1 §. 4 und §. 6 eod. S. 648 f. Verhältniß der formula petitoria für die specialis rei vindicatio zur actio per sponsionem; dieſe hielt ſich neben jener, weil ſie hinſichtlich der Fruchtpräſtation für den Kläger vortheilhafter war, als jene S. 649 f. Ebenſo war es mit der actio de hereditate per sponsionem gegenüber der hereditatis petitio per formulam petitoriam S. 651. Das agere per sponsionem iſt mit dem ordo iudiciorum verſchwunden S. 651.

§. 1853.

6. Beſitzſchutz durch andere Rechtsbehelfe als Interdicte. S. 651—661.

Mit Aufſtellung der interdicta retinendae possessionis iſt der Beſitz ein rechtlich geſchütztes Vermögensſtück geworden; ſomit ſind zu ſeinem Schutze auch alle diejenigen Rechtsbehelfe geeignet, welche ohne Rückſicht auf die Beſonderheit eines Vermögensſtückes das Vermögen überhaupt ſchützen. In dieſer Anwendung nennen die Quellen die actio quod metus causa und verſchiedene außercontractliche Condictionen



[illegible]

b. Das spätrömische Recht.

§. 1[illegible].

[illegible] Entwickelung des Unde vi. S. 661—[illegible]

[illegible] unterlag die actio extraordinaria ex causa [illegible] Unde vi den Grundsätzen dieses Interdicts S. 661 f. [illegible]

einer Ansicht (Cujacius, v. Jhering) ist sie später als actio momenti oder momentaneae possessionis auf andere Fälle unrechtmäßigen Besitzverlustes erstreckt; v. Savigny Z. 662f. Bedeutung jener Ausdrücke S. 663—666.
Die actio momentaneae possessionis ist keine Popularklage. L. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 1 Cod. J. si per vim 8, 5 S. 667—669. L. 4 eod. S. 669f. L. 6 eod. S. 670f. Alle diese Gesetze beziehen sich auch auf bewegliche Sachen S. 671—673.
Strafrechtliche Gesetze Constantins gegen vis S. 673. Verbindung des Besitzstreites mit Eigenthums- und Grenzregulirungsstreit. L. 1 Cod. Theod. fin. reg. 2, 26 = l. 5 Cod. J. unde vi 8, 4. S. 673—677. L. 2 Cod. Theod. fin. reg. 2, 26 S. 677f.
L. 2 Cod. Theod. unde vi 4, 22 erstreckt die actio ex causa Unde vi auf den Fall der Abnöthigung des Besitzes durch proceßwidrige Bedrohung mit einem Rescripte oder einem richterlichen Zwischenurtheile S. 678—680. Widerlegung v. Jherings S. 680.
L. 3 Cod. Theod. h. t. = l. 7 Cod. J. eod. bestraft die gewaltsame Selbsthülfe damit, daß der Eigenthümer das Eigenthum an den Dejicirten verliert, der Nichteigenthümer ihm den Schätzwerth erstatten muß S. 680—682. Damit ist auch gegenüber der vis non armata sowohl die exceptio vitiosae possessionis abgeschnitten, als die Geltendmachung des Eigenthums S. 682. Das Gesetz bezieht sich auch auf bewegliche Sachen S. 682.
6. L. 8 §. 1 Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 = l. 8 Cod. J. h. t. hat an den Voraussetzungen des Unde vi nichts geändert S. 683f.
7. L. 5 Cod. Theod. h. t. ebenso wenig S. 684—686.
8. L. 6 Cod. Theod. h. t. ebenfalls nicht S. 686—688.
9. L. 33 Cod. de locato 4, 65 und l. 10 Cod. h. t. reden nicht vom non admitti (= deici) des juristischen Besitzers durch den Detentor, sondern von der Weigerung der Rückgabe aus haltlosen Gründen; auf den Detentor, der Eigenthümer zu sein behauptet, beziehen sie sich nicht S. 688—691.
10. L. 7 Cod. h. t. bestraft auch die gewaltsame Selbsthülfe gegenüber dem Occupanten eines solo animo besessenen Grundstücks S. 691f. Den infolge davon mangelnden pos-

ſeſſoriſchen Schutz des frühern Beſitzers gewährt l. 11 eod. durch Erſtreckung des Unde vi gegen den clam occupans S. 692 f.

11. L. 12 pr. Cod. de adq. et ret. poss. 7, 32 entſcheidet lediglich die Streitfrage, ob der Beſitz bei dauerndem Abzuge des Detentors aufhöre, in verneinendem Sinne, gewährt aber nicht das Unde vi gegen den Occupanten, dem der Detentor den Beſitz zugängig gemacht hat S. 694—696.
12. Ergebniß S. 696 f. Verſchmelzung der Klage de vi armata mit derjenigen de vi non armata S. 697 f. Umwandlung der interdicta de vi im Abendlande N. 86 S. 697 f.
13. Proceſſuale Aenderungen der ſpätern Kaiſerzeit hinſichtlich der Beſitzklagen. Zuſtändigkeit des forum rei sitae. L. un. Cod. ubi de poss. 3, 16 S. 698 f. Appellation ohne Suspenſiveffect. L. un. Cod. Theod. si de momento 11, 37 S. 699. Iusiurandum Zenonianum. L. 9 Cod. h. t. S. 700.

§. 1855.

2. Spätere Entwickelung der interdicta retinendae possessionis. S. 700—710.

1. Die actiones ex causa prohibitoriſcher Interdicte gehen, wie dieſe Interdicte ſelbſt, auf ein Verbot. So auch die Klagen ex causa der interdicta retinendae possessionis S. 700 f. Dieſe ſind noch bei Juſtinian doppelſeitig S. 701 f. Die Durchführung der Doppelſeitigkeit erfordert die Behauptung einer vis adversus edictum facta nicht S. 701 f. Verſchwunden ſind die Doppelſponſionen und die fructus licitatio S. 702. Der doppelſeitige Streit iſt kein praeiudicium, ſondern eine auf Condemnation abzielende Klage S. 702.
2. Die Vorausſetzungen für die Klage ex causa des Uti possidetis ſind dieſelben geblieben S. 702 f. Die Klage des Nichtbeſitzers gegen den vitio a se possidens verjährt jedoch in 30 Jahren S. 703. Die in l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17 vorgeſchriebene Beſchränkung der Klage auf ein Jahr betrifft die Beſeitigung einer den Beſitz des Klägers ſtörenden Aenderung auf ſeinem Grundſtücke S. 703 f. Macht der Beklagte keinen Anſpruch auf den Beſitz, ſo wird die Klage ohne weiteres zur einſeitigen S. 704. In dieſem Falle kann der Beklagte die exceptio vitiosae possessionis nicht gebrauchen S. 704. Nach l. 7 Cod. unde vi 8, 4 iſt auch bei der Klage

ex causa das Uti possidetis dem violentus possessor die exceptio vitiosae possessionis wie die Berufung auf sein Eigenthum abgeschnitten, dem unterliegenden violentus possessor die nachfolgende rei vindicatio S. 704f.

3. Für die Klage ex causa des Utrubi bestanden zunächst die alten Grundsätze fort Vat. fragm. §. 293. Paul. V, 6, 1 in der lex Romana Visigothorum S. 705. L. un. Cod Theod. utrubi 4, 23 ergiebt hierüber nichts S. 705f. In Justinians Compilation unterliegt sie den Grundsätzen des Uti possidetis. L. un. §. 1 D. Utrubi 43, 31. §. 4a i. f. J. de interd. 4, 15. Theophil. ad h. l. S. 706. Diese Aenderung beruht auf der Praxis vor Justinian S. 706f. Ihr Grund ist vermuthlich kein sachlicher, sondern das Bestreben, die Klagen ex causa der interdicta retinendae possessionis gleichzustellen, wie im Abendlande umgekehrt das Uti possidetis den Grundsätzen des Utrubi unterworfen ist. Interpret. ad Paul. V, 6, 1. Brachylogus IV, 28, 3 S. 707—709. Mit jener Aenderung hat das Utrubi die praktische Bedeutung nahezu verloren S. 709f. Die ihm verbliebenen Vorzüge S. 710.

Quellenverzeichniß S. 711—724.
Berichtigungen und Zusätze S. 725—726.

Die Besitzklagen.

I. Die römischen Besitzklagen.

A. Die Klagen zum Schutze des Sachbesitzes.

a. Das classische Recht.

Lib. XLIII. Tit. XVI. de vi et de vi armata. Tit. XVII. Uti possidetis. Tit. XXVI. de precario. Tit. XXXI. Utrubi.

Vorbemerkung.

Die allgemein anerkannte Schwierigkeit, welche dem Verständnisse der gemeinrechtlichen Klagen auf Grund und zum Schutze des Besitzes entgegensteht, erwächst aus der Beschaffenheit der Quellen, aus denen wir jenes Verständniß schöpfen müssen.

Was zunächst die Ueberlieferung des römischen Rechtes betrifft, so zeigt Justinians Compilation einerseits die beiden sehr wesentlich verschiedenen interdicta de vi der classischen Zeit zu einem einzigen Rechtsbehelfe verschmolzen, und anderseits das Uti possidetis in einer Weise verarbeitet, welche es vor der Kenntniß der gajanischen Institutionen geradezu unmöglich machte, auch nur eine annähernde Einsicht in dessen ursprüngliches Wesen zu gewinnen. Die kanonischen Rechtsbücher

sodann führen ihre bedeutungsvollen Erweiterungen des remedium recuperandae possessionis nirgends auf bestimmt ausgesprochene Grundsätze zurück, sondern begnügen sich damit, sie in Entscheidungen für eine bunte Reihe von Einzelfällen zu verfügen.

Derartigen Quellen gegenüber hat es ganz besonders verhängnißvoll werden müssen, daß die Rechtswissenschaft fast ausnahmslos mit vorgefaßten Begriffen an ihre Benutzung herangetreten ist. Dadurch hat sie sich das richtige Verständniß unserer Lehre vollends versperrt und statt dessen Gebilde eigner Mache heimgetragen, deren keines innere Ueberzeugungskraft besitzt, und die mit einander verglichen die gemeinsame Abstammung kaum errathen lassen.

Unter diesen Umständen empfiehlt es sich, eine nüchterne Auslegung der Quellen voranzuschicken und erst auf der damit gewonnenen thunlichst sichern Grundlage die eigenen Vermuthungen über Aufstellung und Entwickelung der Besitzklagen darzulegen.

Dem Stoffe gemäß gliedert sich unsere Erörterung so, daß wir zunächst das reine römische Recht betrachten, und zwar so weit erforderlich mit scharfer Unterscheidung der classischen und der nachclassischen Zeit, sodann aber die Umgestaltung des römischen Rechtes durch die Glosse und durch das kanonische Recht bis auf die Gegenwart ins Auge fassen.

1. Die interdicta de vi[1])

Dig. XLIII, 16. *Gai.* IV §§. 154. 155. *Paul.* R. S. V, 6, 3—8a. §. 6 J. de interd. 4, 15. *Theophil.* paraphr. ad h. l. *Cod. Theod.* lib. IV. tit. 22. unde

1) v. Savigny, das Recht des Besitzes 7. Aufl. §. 40. S. 421—452. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848. §. 7 S. 62 bis 77. Ihering, über den Grund des Besitzesschutzes. VIII.

vi. *Cod. Just.* lib. VIII. tit. 4 unde vi. tit. 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. *Basil.* LX, 17, 7—36. L, 3, 48—61.

§. 1848.

a. Das interdictum de vi (non armata).

1. Die Compilation hat uns einen Ausspruch des Paulus überliefert, wonach im prätorischen Edicte unter der Rubrik Unde vi mehrere Interdicte aufgestellt waren [2]). Sie selbst freilich giebt den Wortlaut dieser verschiedenen Interdicte nicht, hat ihn vielmehr in die Verheißung eines einzigen Rechtsbehelfs umgeschmolzen, welche ziemlich ungeschickt den Restitutionsbefehl der ursprünglichen Fassungen ersetzt, indem sie sich an die, unter mehrfachen Einzeländerungen ebenfalls verschmolzenen, Einleitungen jener Fassungen anschließt.

L. 1 pr. h. t.:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) Praetor ait: „Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, indicium dabo."

Daneben aber ist uns außerhalb der Compilation an verschiedenen Stellen Kunde von der vorjulianischen Fassung der interdicta de vi non armata und de vi armata erhalten worden.

---

2. Aufl. 1869 S. 96—142. Bruns, die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874, §§. 11 und 12 S. 84—166. Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876, S. 451—467. Kindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechts. Berlin 1883, §§. 8 und 9 S. 134 bis 187. Lenel, das edictum perpetuum §. 245 S. 370—376.

2) L. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1: (Paul. lib. 63. ad ed.) — reciperandae possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde vi: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt.

Für das interdictum de vi non armata kommen in Betracht Lex agraria a. u. 643 v. 18:

[*Sei quis eorum, quorum age*]r s(upra) s(criptus) est, ex possesione vi eiectus est, quod eius is, quei eiectus est, possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit, ab eo, quei eum ea possesione vi eiec[*erit*] etc.

Cicero de lege agraria contra Rullum orat. III. 3, 11: Nam attendite, quantas concessiones agrorum hic noster obiurgator uno verbo facere conetur. Quae data donata concessa vendita. Patior. audio. quid deinde? Possessa. Haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo iure teneret, quo qui optimo privatum? etiamne si vi eiecit?[3]) etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Id. pro M. Tullio 19, 44 sq.:
Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie (a. u. 683[4]) quoque est: Unde tu aut familia

3) vgl. Auctor ad Herenn. IV, 29, 40 i. f.: Necesse est, cum constet istum nostrum fundum fuisse, ostendas, te aut vacuum possedisse aut usu tuum fecisse aut emisse aut hereditate tibi venisse. At vacuum, cum ego adessem, possidere non potuisti. tuum usu fecisse etiamnum non potes. emptio nulla profertur hereditate tibi me vivo mea pecunia venire non potuit. Relinquitur ergo, ut me vi de meo fundo deieceris.

4) Cic. l. c. 17, 39: At quibus verbis in decernendo Metellus usus est? Gemeint iſt L. Metellus, der 684 Prätor Siciliens war Ps. Ascon. ad act. I. in Verr. c. 9 (Or. p. 139) und vorher praetor urbanus. Cic. in Verr. act. II. lib. 1, 65, 152. Keller, semestrium ad M. Tullium Cic. libri sex. vol. I. p. 574 n. 2. Huſchke, analecta litteraria p. 92 sqq.

tua aut procurator tum illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti.[5]) Deinde additur illius iam hoc causa, qui cum agitur: quum ille possideret et hoc amplius: quod nec vi nec clam nec precario possideret.

§. 45: Multa dantur ei, qui vi alterum detrusisse dicitur, quorum si unum quodlibet probari iudici potuerit, etiam si confessus erit se vi deiecisse, vincat necesse est: vel non possedisse eum, qui deiectus sit, vel vi ab se possedisse vel clam vel precario. Ei, qui de vi confessus esset, tot defensiones tamen ad causam obtinendam maiores relinquerunt.

Id. pro Caecina 30, 28: — Unde deiecisti, sive ex quo loco sive a quo loco, eo restituas. — 31, 91: Cur ergo aut in illud cotidianum interdictum: Unde ille me vi deiecit additur: quum ego possiderem, si deiici nemo potest, qui non possidet, aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quaeri, possederit necne? etc.

32, 92: — In illa vi cotidiana non satis est posse docere se deiectum, nisi ostendere potest, quum possideret, tum deiectum. Ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut nec vi nec clam nec precario possederit. Itaque is, qui se restituisse dixit, magna voce saepe confiteri solet se vi deiecisse, verum illud addit: „Non possidebat" vel etiam, quum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsionem, si planum facit ab se illum aut vi aut clam aut precario possedisse.

Die julianiſche Faſſung des interdictum de vi non armata dagegen hat vor Augen

5) Über eine andere Formel des Interdicts, welche nach Cic. pro Tullio 12, 29 sq. bisweilen ſtatt der gewöhnlichen gegeben wurde, ſ. unter Ziffer 9 zu N. 73.

Gai. IV, 154:

Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi deiectus sit: nam ei proponitur interdictum, cuius principium est Unde tu illum vi deiecisti, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario [*ab eo*] *possederit*; — eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, inpune deicio.

Durch Vergleichung dieſer Angaben mit den in den Pandekten aufbewahrten Ausführungen der Edictscommentare hat Lenel die julianiſche Faſſung des interdictum de vi non armata mit völliger Sicherheit hergeſtellt. Sie lautete demnach:

Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

In folgenden Puncten alſo erſcheint hier die von Cicero überlieferte Faſſung abgeändert.

1) Jene Faſſung bezog ungeachtet der Erwähnung der familia und des procurator des Impetraten die Form des Prädicates ausſchließlich auf die Perſon des Impetraten ſelbſt: Unde tu aut familia aut procurator tuus illum — deiecisti; die jüngere Faſſung fügte ein zweites Prädicat bei, welches ſich auf die familia des Impetraten bezog: Unde — tu illum — deiecisti aut familia tua deiecit.

2) Umgekehrt läßt die jüngere Faſſung die Erwähnung des impetratiſchen procurator weg.

3) In der jüngern Faſſung iſt die Erwähnung der Dejection der impetrantiſchen familia und des impetrantiſchen procurator geſtrichen.

4) Die Worte: „in hoc anno“, welche urſprünglich unmittelbar vor dem vi deiecisti ſtanden, ſind in den Eingang des Interdictes hinaufgerückt.

5) Vielleicht lautete ursprünglich der Restitutionsbefehl des Prätors einfach: „eo restituas“; später hatte er die Fassung: „eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.“

Wir werden die Begründung aller dieser Aenderungen in der Fassung des Interdictes bei dessen Besprechung im einzelnen erörtern.[5a])

Bemerkt sei noch, daß die älteste Fassung unseres Interdictes, auf welche die lex agraria v. J. 643 d. St. offenbar Bezug nimmt [6]) statt des Ausdrucks deicere den Ausdruck eicere gebraucht, [7]) während die spätere, schon Cicero bekannte und von Julian beibehaltene, Fassung schlechthin auf deicere lautete. Der Unterschied dieses Ausdruckes von eicere liegt darin, daß er auch die gewaltsame Verhinderung an der Wiedererlangung eines heimlich occupirten Besitzes umfaßt, eicere dagegen ein solches non admittere ausschließt. [8]) Und eben deshalb

---

5a) Zu 1) s. Ziffer 10 zu N. 82.
Zu 2) Ziffer 9 zu N. 75.
Zu 3) Ziffer 5 zu N. 28.
Zu 4) Ziffer 12 nach N. 27.
Zu 5) Ziffer 13 zu Anfang.

6) Lex agr. v. 18 (s. oben S. 4) vergl. auch Cic. de lege agr. orat. III, 3, 4 (s. oben S. 4).

7) Der Ausdruck detrudat dagegen ist m. W. in der gewöhnlichen Fassung unseres Interdicts nicht bezeugt, wohl dagegen in der Parallelfassung bei Cic. pro Tullio 12, 29 und in der ältern Fassung des interdictum de vi armata. S. darüber unten Ziffer 9 nach N. 73 und §. 1848a Ziffer 1 zu N. 8 f.

8) L. 18 §. 15 D. de damno inf. 39, 2: (Paul. lib. 48 ad ed.) — si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit, utile (d. h. ein wirksames) interdictum Unde vi vel Publicianam habere potest. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 u. 40 Thl. 2 S. 573 f. N. 11 bezieht m. E. irrig das utile auf eine von der ge-

mußte dieſer Ausdruck verſchwinden, ſobald man das Interdict auch gegen ein vi non admittere erſtreckte. [9])

2. Die Berechtigung unſers Interdicts vom Standpuncte des Geſetzgebers betont l. 1 §. 1 h. t.:

Hoc interdictum proponitur ei, qui vi deiectus est: etenim fuit aequissimum vi deiecto subvenire: propter quod ad reciperandam possessionem interdictum hoc proponitur.

Uebrigens iſt die Rechtsordnung noch in andrer Weiſe der vis entgegengetreten; insbeſondere haben die

---

wöhnlichen abweichende Faſſung des Interdictes, etwa „unde tu illum, qui a me possidere iussus est, vi deiecisti“; da Impetrant coeperat nicht nur possidere, ſondern et usucapere, ſo paßt das edictsmäßige Unde vi aufs Genaueſte. Noch irriger gewährt Kniep, vacua possessio S. 387 ff., das Interdict in der Faſſung: Unde tu illum, qui meo iussu coeperat possidere, non admisisti aut deiecisti — ſogar zur erſten Erlangung der possessio ex secundo decreto.

Der im Texte angegebenen Bedeutung von eicere ſcheint freilich geradezu zu widerſprechen Cic. pro Caec. 13, 38: Is ne apud vos obtinebit causam suam, qui ita se defenderit: „Eieci ego te armatis hominibus, non deieci“, ut tantum facinus non in aequitate defensionis, sed in una littera latuisse videatur? §. 39: Huiusce rei vos statuetis nullam esse actionem, nullum experiundi ius constitutum, qui obstiterit armatis hominibus, qui multitudine coacta non introitu, sed omnino aditu quempiam prohibuerit? 23, 66: „Unde deiectus es? an inde, quo prohibitus es accedere? eiectus es, non deiectus“. 29, 84: „Non deieci, sed eieci.“ Aber, obwohl alle vorhandenen Handſchriften in dieſen Stellen übereinſtimmend leſen: eieci. eiectus es, ſo iſt doch ſicherlich mit Keller, semestr. vol. I p. 393 sqq., zu leſen: reieci, reiectus es, wie es denn auch 9, 24 heißt: te reieci, ſowie 14, 39: ille, qui ingredientem repulerit, non cogatur? und 17, 48: Quum te obstitisse et repulisse dicis.

9) S. unten Ziffer 7 zu N. 47.

lex Julia de vi publica et privata [10]) und mehrere Kaiſerconſtitutionen [11]) ſie mit Strafen bedroht.

L. 1 §. 2 h. t.

Ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Juliis

---

10) Allerdings führen die Pandektentitel 48, 6 und 7 die Rubriken: ad legem Juliam de vi publica und ad legem Juliam de vi privata, und L. 1. §. 2. h. t. (ſ. unten zu N. 12) redet von legibus Juliis publicorum et privatorum. Gleichwohl iſt es mindeſtens wahrſcheinlicher, daß ein und dasſelbe Geſetz des Auguſtus neben gemeinſamen Vorſchriften proceſſualiſchen Inhalts in getrennten Abſchnitten Strafbeſtimmungen einerſeits für die vis publica, anderſeits für die vis privata getroffen hat. Dafür ſpricht Collat. IX, 2 (Ulpian. lib. 9. de officio proconsulis [sub titulo] ad legem Juliam de vi publica et privata). Eadem lege quibusdam testimonium — interdicitur; — Paul. V, 26 rubrica: ad legem Juliam de vi publica et privata; — Rubrica Cod. Theod. 9, 10: ad legem Juliam de vi publica et privata; — Rubrica Cod. Justin. 9, 12: ad legem Juliam de vi publica seu privata; — l. 1 pr. D. de off. eius, cui mand. 1, 21: — lege Julia de vi nominatim cavetur etc.; — l. 3 §. 5 D. de testib. 22, 5: Lege Julia de vi cavetur etc.; l. 13 eod.: et lex Julia de vi etc.; — §. 6 J. de interdict. 4, 15: — tenetur lege Julia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata etc. — S. auch l. 32 D. de poen. 48, 19: (Ulp. lib. 6. ad ed.). Si praeses vel iudex ita interlocutus sit „vim fecisti“, si quidem ex interdicto, non erit notatus, nec poena legis Juliae sequetur: si vero ex crimine, aliud est. quid, si non distinxerit praeses, utrum Julia publicorum an Julia privatorum? tunc ex crimine erit aestimandum, sed si utriusque legis crimina obiecta sunt, mitior lex, id est privatorum, erit sequenda. Hier iſt lex ſoviel, wie Abſchnitt des Geſetzes. Wächter in Neues Archiv des Criminalrechts Bd. 13 S. 219 ff., Karlowa, römiſche Rechtsgeſchichte Bd. 1 S. 620.

11) Als ſolche führt die Gloſſe ad h. l. auf l. 7. Cod. unde

prospicitur publicorum et privatorum [12]) nec non et constitutionibus principum.

Unſer Interdict betrifft jedoch nicht jede vis, d. h. jede Eigenmacht, ſondern lediglich die vis atrox, d. h. Gewaltanwendung gegen eine Perſon, und auch dieſe nur, ſofern mittels ihrer jene Perſon aus einem Grundſtücke dejicirt worden iſt oder aus einer mit einem Grundſtücke zuſammenhangenden beweglichen Sache.

L. 1 §§. 3—4, §. 8 h. t.

[Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur]. [13]) ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo deiciuntur, ut puta de fundo sive aedificio: ad alium autem non pertinet. [13a]) §. 4: Et si quis de area deiectus sit, sine dubio interdicto locus est: et generaliter ad omnes hoc pertinet interdictum, qui de re solo cohaerenti deiciuntur: qualisqualis enim fuerit locus, unde quis vi deiectus est, interdicto locus erit. — §. 8: Plane si quis de ligneis aedibus deiectus fuerit, nemo ambigit interdicto locum fore, quia qualequale sit, quod solo cohaereat, inde qui vi deiectus est habet interdictum.

Daß unſer Interdict bei der Dejection aus einem Gebäude Anwendung finde, hat ſchon §. 3 geſagt. Es würde alſo müſſige Wiederholung ſein, wenn unter dem solo cohaerere des §. 4 nichts Anderes verſtanden ſein

---

vi 8, 4; l. 4 Cod. fin. reg. 3, 39 und l. 13 D. quod met. 4, 2 (decretum D. Marci).

12) Es iſt zu leſen: legibus Juliis — de vi publica et privata. Scholion 45 (Dorotheus) ad Basil. LX, 17, 7 und §. 6 J. de interd. 4, 15 cit. Wlaſſak, römiſche Proceßgeſetze Abth. 1 S. 182 N. 16.

13) Die eingeklammerten Worte ſind mit Krüger zu ſtreichen: ſie ſind offenſichtlich ein unberechtigtes Einſchiebſel.

13a) Vgl. auch §. 6 J. de interd. 4, 15: — solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit etc.

ſollte, als ein inaedificatum esse, wie es erfordert wird, damit der Grundeigenthümer an fremdem Baumateriale Eigenthum erwerbe.[14]) In der That läßt l. 1 §. 8 cit. unſer Interdict ganz zweifellos zu für denjenigen, der aus einem hölzernen Gebäude dejicirt worden iſt, alſo aus einem Blockhauſe, einer Holzbaracke, einem Bretterſchuppen, einer Bude, einem ſ. g. Carouſſel, kurzum aus einem nicht fundamentirten Gebäude, ſofern dieſes nur, etwa mittels eingerammter Pfähle, mit dem Erdboden verbunden iſt. Und wenn ſowohl §. 8 als §. 4 cit. ausdrücklich hervorheben, es komme für die Anwendbarkeit unſeres Interdictes auf die ſonſtige Beſchaffenheit des mit dem Grunde und Boden verbundenen Gegenſtandes nicht an, aus dem jemand dejicirt worden, ſo iſt nicht einzuſehen, weshalb es nicht ebenfalls zuläſſig wäre bei der Dejection aus einem durch Pflöcke mit der Erde verbundenen Zelte von Leinwand. Iſt dies richtig, ſo würde das Interdict alſo z. B. auch dem Pächter zuſtehen, der aus einem derartigen Zelte dejicirt iſt, welches er auf dem erpachteten Grundſtücke aufgeſchlagen hat; bis zur Dejection war er, nicht der Verpächter, Beſitzer dieſes Zeltes. Wenn Accurſius[15])

14) Vgl. l. 60 D. de a. r. d. 41, 1: (Scaevola lib. 1. resp.) Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii praedio posuit: quaeritur, uter horrei dominus sit. respondit secundum quae proponerentur non esse factum Seii. Mit Unrecht beruft ſich die Gloſſe zu l. 1 §. 8 cit. h. t. v. *cohaereat* auf dieſe Stelle, um die Anwendbarkeit des Unde vi auf ſolche mit dem Grunde und Boden verbundenen Sachen auszuſchließen, die nicht kraft der Verbindung in das Eigenthum des Grundeigenthümers fallen: die Frage nach dem Eigenthumserwerbe und diejenige nach der Anwendbarkeit unſeres Interdictes hinſichtlich einer mit dem Grunde und Boden verbundenen Sache ſind von einander ganz unabhängig. Vgl. auch Biermann in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 172 und S. 189.

15) Zu l. 1 §. 8 cit. ad v. *cohaereat*.

die Frage aufwirft: sed quid de arbore? —, so dürfte sich die Antwort darauf, die er schuldig bleibt, unschwer ermitteln lassen. Bei einem Baume, der nicht als Sitz benutzt wird, kann eine selbständige Dejection überhaupt nicht vorkommen; den Besitz des Baums verliert der bisherige Besitzer nur, sofern er von dem Grundstücke dejicirt wird, worin der Baum wurzelt. Dient dagegen der Baum als Sitz, so ist zwar eine Dejection von ihm möglich, die nicht zugleich eine Dejection von dem Grundstücke zu sein braucht, worin er wurzelt. Allein sofern der Sitz nicht in besonderen mit dem Baume verbundenen Vorrichtungen besteht, handelt es sich auch hier um die Dejection aus einer unbeweglichen Sache. Anders, wenn jener Sitz in besonderen Vorrichtungen besteht, z. B. in einer in den Aesten des Baumes befestigten Bank: hier gilt ganz dasselbe, was wir von der Bretterbude gesagt haben.

Einiges Bedenken erregt L. 1 §. 5 h. t.:

Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, apparet interdicto fore locum.

Besteht, obgleich ein Dritter das Gebäude wie ein Superficiar benutzt, an diesem Gebäude der juristische Besitz dessen fort, der thatsächlich als sein Eigenthümer auftritt, so kann in der Dejection des Superficiars zugleich die Dejection des Besitzers selbst liegen, geradeso wie in der Dejection des Nießbrauchers.[15a]) Und wo dies der Fall ist, hat dort so gut wie hier der Besitzer das Unde vi. Aber davon will Ulpian in unserer Stelle schwerlich reden. Denn er hat ja kurz vorher (in §. 3) erst gesagt, daß der aus dem Besitze eines Gebäudes Dejicirte jenes Interdict habe. Sicherlich meint er in §. 5 ein dem Superficiar zuständiges Interdict. Nur dürfen

15a) L. 10 D. h. t.

wir daraus nicht mit Dernburg[15b]) folgern, daß der Superficiar juriſtiſcher Beſitzer des Superficiargrundſtückes ſei; ſtehen doch, wie wir ſpäter[15c]) ſehen werden, dieſer Annahme entſcheidende Gründe entgegen. Wir werden vielmehr die Ausdrucksweiſe Ulpians für ungenau zu halten haben: das von ihm dem Superficiar beigelegte Unde vi iſt in Wahrheit ein interdictum utile, wie uns das hinſichtlich des Unde vi für den Nießbraucher ausdrücklich bezeugt iſt.[15d]) Wenn aber Paulus den Impetranten des letztgenannten Interdictes als deiectum ab usufructu bezeichnet,[15e]) während die edictsmäßige Faſſung auf vi prohibuisse lautet,[15f]) ſo darf es uns nicht befremden, daß Ulpian in l. 1 §. 5 cit. nicht beſonders bemerkt, es handle ſich hier um ein interdictum utile.[15g]) Ulpian würde ſich vielmehr mit einer ſolchen Bemerkung einer zweckloſen Pedanterie ſchuldig gemacht haben. Denn es kam ihm ja im gegebenen Zuſammenhange ganz und gar nicht darauf an, die Perſonen aufzuzählen, denen das Unde vi, ſei es als directum, ſei es als utile, zuſtehe: er unterſucht lediglich, an welchen Sachen eine, das Unde vi begründende, Gewalt ſtattfinden könne. Nachdem er in §. 4 den Bauplatz (die area) als eine geeignete Sache genannt hat, wendet er ſich nunmehr zu dem Gebäude

---

15b) Pandekten Bd. 1 §. 173 N. 3.

15c) S. unten zu Titel 18 dieſes Buches.

15d) L. 3 §§. 13 sqq. h. t.

15e) L. 9 §. 1 h. t.

15f) L. 3 §§. 13 sqq. cit. h. t.

15g) Vgl. zu dieſer Stelle Ad. Schmidt in Zeitſchrift der Savigny-Stiftung Bd. 11 S. 161 N. 6. Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 88, und Pflüger, die ſogenannten Beſitzklagen S. 188 f., nehmen an, Ulpian habe von einem interdictum utile geſprochen, dies aber ſei von den Compilatoren in gleicher Weiſe verwiſcht wie bei dem Interdicte des Uſufructuars.

als solchem, d. h. ohne Rücksicht auf den Bauplatz, indem er auch dieses als geeigneten Gegenstand anerkennt. Läßt sich also aus unserer Stelle überhaupt etwas für das Besitzverhältniß des Superficiars folgern, so möchte dies gerade umgekehrt das sein, daß der Superficiar nicht juristischer Besitzer ist, weder des Bauplatzes, noch des Gebäudes als solchen. Denn indem Ulpian das Gebäude getrennt vom Bauplatze denkt, setzt er an letzterm einen besondern juristischen Besitz voraus; dieser jedoch kann nicht füglich einem Andern zustehen, als demjenigen, der thatsächlich als Grundherr auftritt. Damit aber ergiebt sich gemäß dem Satze: superficies cedit solo, daß eben derselbe nothwendig zugleich juristischer Besitzer der insula superficiaria ist; es ist folglich unmöglich, daß der Superficiar deren juristischer Besitzer sei.[15h])

Niemals dagegen wird das Unde vi begründet durch die Besitzentziehung völlig beweglicher Sachen.[15i]) Dies gilt wie für sonstige Fahrzeuge, so insbesondere auch für die größesten Schiffe. Die gewaltsame Entziehung des Besitzes einer beweglichen Sache begründet andere Klagen. Ist sie zwecks Aneignung der Sache, ex causa furti, geschehen, so steht zur Auswahl neben der condictio furtiva und der actio furti die actio vi bonorum raptorum[16]) und die actio ad exhibendum,[17]) wie sich der Beraubte selbstverständlich auch der rei vindicatio bedienen kann; ist die

15h) Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 79 ff., namentlich S. 85 ff.

15i) Ist es freilich durch die Dejection aus einem Grundstücke begründet, so erstreckt es sich auf bewegliche Sachen insofern, als solche bei jener Dejection verloren gegangen, zerstört oder beschädigt worden sind. L. 1 §§. 6, 32—38 h. t.

16) Vorausgesetzt jedoch, daß die Sache nicht Eigenthum des vi faciens ist. L. 2 §. 18 D. vi bon. 47, 8. §. 1 J. eod. 4, 2. Gai. III, 209.

17) L. 3 §§. 5. 11. 12 D. ad exh. 10, 4, l. 13 Cod. de R. V. 3, 32.

Wegnahme der Sache nicht zwecks Aneignung, ſondern zwecks Vernichtung geſchehen, ſo findet eine actio legis Aquiliae ſtatt; und iſt ſie endlich weder zwecks Aneignung noch zwecks Vernichtung geſchehen, die Sache vielmehr alsbald wieder der Verfügung des bisherigen Beſitzers zugängig, ſo hat jener die actio iniuriarum: in einer derartigen vorübergehenden Entziehung des Beſitzes liegt nur eine Mißachtung ſeiner Perſon.

L. 1 §§. 6 und 7 h. t.:

Illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti[18]) vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum[18a]) agi. plane si quae res sint in fundo vel in aedibus, unde quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum. § 7: Si quis de nave vi deiectus est, hoc interdicto locus non est, argumento eius, qui de vehiculo detractus est, quem nemo dixit interdicto hoc uti posse.

---

18) Das „furti“ iſt m. E. mit „ex causa“ zu verbinden, nicht mit „actio“; — „vel“ heißt hier wie ſo oft: „auch“ im Sinne einer Steigerung. Ulpian ſetzt demnach die Statthaftigkeit der Klagen ex causa furti als ſelbſtverſtändlich voraus, und zwar m. E. nicht nur diejenige der condictio furtiva, ſondern auch diejenige der actiones furti, die er in l. 2 §. 26 D. vi bon. 47, 8 (ſ. unten den Text) ausdrücklich von der condictio unterſcheidet. A. M. Pflüger, die ſogenannten Beſitzklagen des römiſchen Rechts S. 129 N. 276. S. auch l. 1 §. 1 d. de cond. trit. 13, 1.

18a) Der Vortheil der actio ad exhibendum lag in deren Unabhängigkeit vom rerum actus; ſie wurde von einem arbiter entſchieden, den bei mangelnder Einigung der Parteien der Magiſtrat ernannte, ohne an das album iudicum selectorum gebunden zu ſein. Sie verlor aber, wie Pflüger a. a. O. S. 119 treffend bemerkt, in unſerm Falle ihren Zweck, die ſofortige Herausgabe der geraubten Sache, wenn der Räuber das Eigenthum des Beraubten beſtritt.

L. 2 §. 26 D. vi bon. 47, 8:

Ulp. lib. 56. ad ed. Rerum raptarum nomine etiam furti vel damni iniuriae [19]) vel condictione agi potest vel certe singulae res vindicari possunt.

Paul. V, 6, 5:

De navi vi deiectus hoc interdicto experiri non potest: sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo vi bonorum raptorum datur. idemque in eo dicendum est, qui carruca aut equo deicitur:[19a]) quibus non abductis iniuriarum actio datur.

Endlich war zur Wiedererlangung geraubter Mobilien auch das Utrubi statthaft[20]), und zwar gegen den Räuber und den Hehler, sofern diese selbst noch besaßen, binnen Jahresfrist, gegen einen dritten redlichen Erwerber solange, bis jener einen größern Theil des seit dem Raube laufenden Jahres besessen hatte, als der Beraubte.

3. Daß zu Ciceros Zeit das Interdict als Voraussetzung den Besitz des Impetranten mit den Worten: cum

19) Vgl. l. 27 §. 1 D. ad. leg. Aquil. 9, 2.

19a) Weshalb Paulus in diesen Fällen des deiectum esse de re mobili die actio vi bonorum raptorum nur als utilis exemplo vi bonorum raptorum gibt, ist mir nicht ersichtlich: Schiff, Wagen, Pferd, die jemand sich aneignet, nachdem er zu diesem Zwecke den Besitzer gewaltsam von ihnen vertrieben hat, sind doch auch bona rapta. Vgl. Lenel ed. perp. §. 187 n. 8 S. 318.

20) Vgl. unten §. 1851 Ziffer 3. Paulus erwähnt hier das Utrubi wohl aus dem Grunde nicht, weil es beim Beklagten Besitz voraussetzt, also keineswegs gegen jeden Räuber stattfindet. Schmidt, Interdictenverfahren S. 69 N. 55. Ganz willkürlich erklärt Pflüger a. a. O. S. 119 die Nichterwähnung des Utrubi in unserer Stelle daraus, daß dieses durch die übrigen Rechtsmittel thatsächlich aus dem Gebrauche verdrängt gewesen sei, und kein Jurist daran gedacht habe, seinem Clienten das Interdict zu empfehlen. Zur Zeit des Paulus war das Utrubi ein viel benutzter Rechtsbehelf. S. unten §. 1851 Ziffer 7 zu Anfang.

ille possideret — ausdrücklich aufführte, ist völlig zweifellos bekundet bei Cic. pro Tull. 19, 44 (s. oben S. 4f.[20a]). Es ist aber auch daran nicht zu zweifeln, daß Julian diese Worte beibehalten hat. Keller[20b]) will freilich ihre Beseitigung folgern aus

l. 1 § 23 h. t.:

Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deici visus est, quam qui possidet.

In der That aber enthält diese Stelle gerade umgekehrt die Auslegung der bestrittenen Worte. Nachdem nämlich Ulpian in l. 1 §§. 3—22 h. t. den Begriff der Dejection und die Dejicirenden besprochen hat, wendet er sich in genauem Anschlusse an die Wortfolge des Edictes zu der Voraussetzung der possessio des Impetranten im Augenblicke der Dejection. Wäre diese Voraussetzung, wie Keller meint, nach der Fassung Julians lediglich aus dem Begriffe des deiectum esse entnommen, so würde Ulpian sie im Zusammenhange seiner Erörterung über die Person des deiectus, also mit §. 9 sq. vorgebracht haben[20c]). Demnach darf nicht einmal soviel eingeräumt werden, daß nach l. 1 §. 23 cit. die Worte „cum ille possideret“ überflüssig wären. Denn mindestens denkbar ist es ja, daß nur im Zusammenhange mit ihnen das deici seine Beschränkung auf den juristischen Besitzer bekommen hat. Und eben deshalb läßt unsere Stelle m. E. keinen Schluß zu auf die Bedeutung des deici im interdictum de vi armata, das einen Hinweis auf ein possidere nicht enthält.

20a) Vgl. auch pro Caec. 31, 91, 32, 92 (s. oben S. 5).

20b) Semestrium ad. M. Tullium Ciceronem libri sex. Vol. I. p. 313.

20c) Lenel ed. perp. S. 372 unter 2.

Noch weniger als l. 1 §. 23 h. t. beweist für Kellers Meinung Vat. fragm. 91[20d]) wonach der Quasibesitzer eines Nießbrauchs, der ohne Anwendung von Waffen gewaltsam am uti frui verhindert worden ist, eines besondern Interdictes bedarf. Denn es ist überaus begreiflich, daß man, nachdem der juristische Besitz einmal als unerläßliche Voraussetzung des sine armis deici anerkannt worden war, aus dieser Voraussetzung nun auch weitere Folgerungen zog.

Jedenfalls steht das Interdict nur demjenigen zu, der im Augenblicke der Dejection juristischer Besitzer des Grundstückes (oder der mit einem Grundstücke zusammenhangenden Sache) gewesen ist, woraus er dejicirt worden.

Gleichgültig dagegen ist es für die Zuständigkeit des Interdictes, ob der Besitz des deiectus auf einem anerkannten Erwerbsgrunde beruhte, oder ob er ohne iusta causa bestand.

L. 1 §§. 9, 10 h. t.:

§. 9: Deicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. §. 10: Denique et si maritus uxori donavit eaque deiectea sit, poterit interdicto uti;[20e]) non tamen si colonus[20f]).

20[d]) Vat. fragm. 91: Idem libro II de interdictis sub titulo „si uti frui prohibitus esse dicetur". Non is, ad quem usus fructus *venit* vivi tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus ad eum *non pertineat, in ali*qua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

20[e]) Nämlich die Frau; das Subject zu poterit muß aus dem zunächst vorangehenden eaque entnommen werden.

20[f]) Selbstverständlich ist zu ergänzen: non tamen si colonus (sc. cuiuspiam) deiectus est, poterit colonus interdicto uti. Es ist eine der seltsamsten Mißdeutungen, wenn Thibaut, Archiv für die civil. Prax., Bd. 23 S. 178 unter dem colonus

Und vollends gleichgültig ist es für jene Zuständigkeit, ob der dejicirte Besitzer Eigenthümer des Grundstückes ist, aus dem er dejicirt worden, oder nicht.

---

hier den Pächter der verbotswidrig beschenkten Ehefrau versteht und wegen der Dejection dieses Pächters dem schenkgebenden Ehemanne der Verpächterin das Interdict abspricht, während er es dem Ehemanne wegen der Dejection der beschenkten Frau selbst beilegt.

Neuerdings hat Kindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechts S. 145 ff., die hier gebilligte Ergänzung v. Savignys lebhaft bekämpft, indem er insbesondere l. 12 und l. 18 pr. h. t. dafür anführt, daß der Pächter als solcher das Unde vi habe. Er versteht die Worte der l. 1 §. 10 i. f.: non tamen si colonus davon, daß die beschenkte Ehefrau wegen der Dejection ihres Pächters das Unde vi nicht habe.

Fr. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 147 ff., versteht l. 1 §§. 9 sq cit. dahin, daß zwar dem Pächter (und ebenso jedem, der eine blos repräsentative Innehabung übt — S. 152 N. 112 a. E., vgl. l. 1 §. 22 h. t.) das Unde vi nicht zukomme, wohl aber jedem andern Detentor. Thatsächlich würde sich das, so viel ich sehe, beschränken auf den Nießbraucher und auf denjenigen, dem der Gebrauch eines Grundstückes unentgeltlich überlassen worden ist. Dem Nießbraucher aber spricht Vat. fragm. §. 91 das Unde vi diretum ausdrücklich ab. S. unten §. 1848b Ziffer 1 N. 1a. Hinsichtlich des zweiten Verhältnisses fehlt jedes Zeugniß. Weshalb jedoch der Commodatar eines Hauses dessen Besitzer nicht in genau der gleichen Weise repräsentire, wie der Miether, bleibt mir unverständlich; daß Gai. IV, 153 ihn zu diesem in den hier maßgebenden Gegensatz stelle, wenn er sagt: per eos quoque, — quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur —, muß ich solange auf das Entschiedenste bestreiten, bis nachgewiesen ist, daß quoque einen Gegensatz bedeute. Schwerlich würde es auch gerechtfertigt gewesen sein, in diesem seltenen und wirthschaftlich ganz unerheblichen Falle der Detention des Unde vi zu gewähren,

L. 8 h. t.:

Paul. lib. 54. ad ed. *Fulcinius*[20a]) dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi deiectus est.

4. Umgekehrt wurde höchst wahrscheinlich in classischer Zeit unser Interdict grundsätzlich nicht gegen den Eigenthümer gegeben, der ohne Waffengewalt den Inhaber seines Grundstückes dejicirt hatte. Wir haben dafür einen, so viel mir bekannt, bisher völlig übersehenen Beweis in Vat. fragm. §. 312.

Dioclet. et (Maxim. et) *Constant.* (et Galer.) Aurelio Onesimo a*o.* 293:

Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur, cum inperfectam perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet. unde aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit, nec annus excessit, ex interdicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tempus finitum *est*, *ad* formulam promissam, quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examinata iure[21]) praeses provinciae sententiam ferre curabit.

Diesem Rescripte liegt offenbar folgender Thatbestand zugrunde. Jemand hat ein pleno iure ihm gehöriges praedium soli Italici zuwider der lex Cincia schenkungshalber dem Onesimus tradirt. Er selbst hätte also kraft des ihm verbliebenen quiritarischen Eigenthums das Grundstück erfolgreich vindiciren können, da er die Berufung des Beklagten auf die Schenkung mittels Berufung

---

während es im Falle der Miethe und Pacht verweigert wurde.

20a) Jurist des ersten Jahrhunderts n. Chr.

21) Mommsen schlägt statt dieses handschriftlich überlieferten Wortes vor: iudicem.

auf die lex Cincia zurückschlagen durfte. Inzwischen ist er verstorben, ohne die Schenkung widerrufen zu haben; morte autem Cincia removetur: der formell immer noch begründeten Vindication seines Erben steht die exceptio rei donatae et traditae wirksam entgegen, weil die replica legis Cinciae durch eine duplicatio doli entkräftet wird. Daß das Rescript von der confirmatio imperfectae donationis per doli mali replicationem redet, darf nicht befremden. Dies ist eine durchaus nicht auf die processuale Lage des vorliegenden Falles zugeschnittene, vielmehr geradezu sprichwörtliche Redewendung, welche vom Standpuncte des Schenknehmers stammt, dessen Anspruch durch die exceptio legis Cinciae angefochten, durch jene Replik aber aufrecht erhalten wird[21a]). Die Erben des Schenkgebers haben also nur das nudum ius Quiritium des von ihrem Erblasser schenkungshalber tradirten Grundstückes. Und eben deshalb dürfen sie den Schenknehmer nicht impune aus dessen Besitze dejiciren. So bedenklich im allgemeinen bei Rescripten das argumentum a contrario ist, so unabweislich dürfte es hier sein. Wenn die dejicirenden Erben des Schenkgebers deshalb — unde — mit dem Unde vi zur Restitution angehalten werden können, weil mit dem Tode des Schenkgebers die Schenkung perfect geworden ist, also die Erben ein wirksames Eigenthum am Grundstücke nicht haben, so ist die Schlußfolgerung nothwendig, daß der dejicirende Schenkgeber selbst mit dem Unde vi nicht gehaftet haben würde, weil bei der Ungültigkeit der Schenkung ihm noch ein wirksames Eigenthum am Grundstücke zustand. Wie völlig der ganze Anspruch des Onesimus davon abhing, ob die Schenkung perfect geworden, zeigt der Schluß

21a) Vgl. Vat. fragm. §. 266 und §. 294. In §. 259 dagegen ist mit Rücksicht auf die processuale Lage präcis von einer doli duplicatio die Rede.

des Reſcriptes. Hier wird ausdrücklich vorgeſchrieben, daß dieſe Frage unterſucht werde vor Ertheilung der Klage, welche an Stelle des interdictum de vi non armata verheißen war, falls dasſelbe durch Ablauf des annus utilis entkräftet ſein ſollte. Daß es ſich im vorliegenden Falle um das interdictum de vi non armata handelte, ergiebt die Beſchränkung auf ein Jahr[21aa]).

Unterſtützend kommt dazu

L. 17 Cod. de A. E. et V. 4, 49:

Dioclet. et *Maxim. Hermiano* et *Hermippo.* Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere ius in eo negatis, profitentes nullam vobis adversus eum, ex cuius venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. igitur ad instar interdicti seu actionis promissae experiundum esse perspicitis.

Der Umſtand, daß der Dejicient Nero kein Recht an dem Grundſtücke hat, aus dem er die Supplicanten vertrieben, begründet allerdings in erſter Reihe den Mangel ihres Anſpruchs gegen ihren Verkäufer. Allein daneben begründet er auch die Wirkung, daß ihnen nunmehr Nero mit dem Unde vi haftet: er würde nicht haften, wenn ſie ſich wegen der Dejection an den Verkäufer halten könnten.

21aa) Daß der praeses provinciae über ein praedium soli Italici entſcheiden ſoll, kann nicht befremden: ſolche Grundſtücke gab es ja auch in den Provinzen. Uebrigens wäre ſeine Zuſtändigkeit auch dann begründet geweſen, wenn das ſtreitige Grundſtück in Italien lag, nämlich dann, wenn die dejicirenden Erben in der Provinz ihr Domicil hatten. Jedenfalls iſt ein unter das Reſcript fallender Thatbeſtand nur zu denken bei einem Grundſtücke, bei welchem die Spaltung des Eigenthums in das durch Tradition begründete in bonis und das ius Quirilium vorkommen konnte: die Schenkung eines Provinzialgrundſtückes wäre unmittelbar durch deſſen Tradition perfect geworden. Vat. fragm. §. 293.

In der That entspricht die hiernach von uns angenommene Nichthaftung des Eigenthümers mit dem interdictum de vi non armata allem Uebrigen, was wir sonst von der Behandlung wissen, welche die Selbsthülfe des Eigenthümers im classischen Rechte erfuhr.

Grundsätzlich haftete der Eigenthümer nicht, wenn er sich seine bewegliche Sache heimlich aus dritter Hand wegholte. Nur dann fand deswegen eine Besitzklage gegen ihn statt, wenn er damit den auch ihm gegenüber begründeten Anspruch des bisherigen Inhabers auf Besitz oder Quasibesitz verletzte; und wegen der Verletzung eines jeden schutzwürdigen Interesse war er der actio furti ausgesetzt[21b]). Dem entsprechend werden wir anzuerkennen haben, daß der Eigenthümer eines Grundstückes durch die von seiner Seite vorgenommene Dejection des Faustpfandgläubigers oder des Nießbrauchers sich dem Unde vi aussetzte; und daß er da, wo die heimliche Entziehung einer beweglichen Sache die actio furti gegen ihn begründet haben würde, in Ermangelung einer andern Klage dem Dejicirten mit der actio de dolo haftete. Diese trat also namentlich dann ein, wenn der Dejicirte nur ein Retentionsrecht an der Sache gehabt hatte.

Völlig ausgeschlossen war gegen den Eigenthümer, der sich seine bewegliche Sache mit Gewalt wegnahm, die actio vi bonorum raptorum[21c])

L. 2 §. 18 D. vi bon. 47, 8:

Ulp. lib. 56. ad ed. Hac actione is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit. si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter multabitur. sed et si quis fugitivum suum, quem

21b) S. unten Ziffer 11 zu N. 22 f.

21c) Vgl. zum Folgenden Wendt, das Faustrecht S. 3 in v. Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 67 ff. und Wächter im Neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 13 S. 35 ff.

bona fide aliquis possidebat, rapuit, aeque hac actione non tenebitur, quia rem suam aufert etc.

Man möchte nun die Worte: sed alias multabitur auf die lex Julia de vi beziehen. Daß jedoch dieſe nicht gemeint iſt, lehrt uns §. 1 J. eod. 4, 2.

Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus suam rem esse et imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet. cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam: melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet: sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suae dominio cadere, sin autem aliena sit, post restitutionem etiam aestimationem eiusdem rei praestare. quod non solum in mobilibus rebus, quae rapi possunt, constitutiones optinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.

Aus den Einzelheiten, welche hier über die erwähnten divales constitutiones angegeben werden, erſehen wir, daß darunter verſtanden ſind vor allem l. 3. Cod. Theod. unde vi 4, 22 (= l. 7 Cod. Justin. eod. 8, 4) v. J. 389 und daneben auch l. 2 Cod. Theod. fin. reg. 2, 26 (= l. 4 Cod. Justin. eod. 3, 39) v. J. 330. Jene Worte: sed alias multabitur in l. 2 §. 18 cit. D. vi bon. 47, 8 gehören folglich nicht dem Ulpian an, ſondern ſind mit Rückſicht auf die angeführten Conſtitutionen interpolirt.

Freilich erwähnt eine andre Inſtitutionenſtelle, und zwar unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die eben beſprochene, für den nämlichen Fall auch die lex Julia de vi.

§. 6 J. de interd. 4, 15:

Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum Unde vi, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui deiecit, vi vel clam vel precario possidebat. sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus (§. 1 J. vi bon. 4, 2 cit.), si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis eius est, dominio eius privatur, si aliena, post eius restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur. qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Julia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica etc.

Selbſt hier aber iſt keineswegs geſagt, daß die Beſtimmungen der lex Julia über vis privata auch den Eigenthümer treffen, der ſich ohne Waffen gewaltſam in Beſitz ſeines Grundſtückes ſetze. Und wenn es nach Abſicht der Compilatoren verſtanden werden müßte, ſo würde darin gerade ſo eine Umänderung des urſprünglichen Rechtes liegen, wie ſie in demjenigen liegt, was hier über den Unterſchied beider Abſchnitte der lex Julia vorgetragen wird. Aus dem Berichte in Paul. V, 26, 1 sq. der allerdings in ungeſchickter Weiſe verſtümmelt[21d]), aber in dem überlieferten Stücke völlig unverdächtig iſt, wiſſen wir, daß die lex Julia wegen vis publica einen Beamten beſtrafte, der gegen einen römiſchen Bürger trotz der von

21d) Paul. V, 26, 1 sq. ſtellt ausſchließlich Amtsmißbrauch unter die Vorſchriften der lex Julia de vi publica. Dazu paßt es nicht, daß hinſichtlich der Strafe kein Unterſchied gemacht wird zwiſchen humiliores und honestiores, da ja alle Magiſtrate zu letzteren gehören. Hier iſt die Erwähnung der auch für humiliores möglichen Verletzungen des Geſetzes geſtrichen. Wächter a. a. O. S. 41 f.

dieſem eingelegten Berufung an das Volk oder den Kaiſer mit Tödtung, Tortur, Geißelung, Urtheil oder Haft vorging; außerdem galt nach ihr, wie wir aus Paul. V, 30 A, l. 8, l. 10 pr. und l. 12 D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6 entnehmen dürfen, als vis publica Gewalt hinſichtlich der Ausübung öffentlicher Rechte und Pflichten[21dd]). Dagegen erfahren wir über den Inhalt ihrer Vorſchriften de vi privata Folgendes:

Paul. V, 26, 3:

Lege *Julia* de vi privata tenetur, qui quem armatis hominibus possessione domo villa agrove deiecerit expugnaverit obsederit cluserit, idve ut fieret homines commodaverit locaverit conduxerit: quive coetum concursum turbam seditionem incendium fecerit, funerari sepelirive aliquem prohibuerit, funusve eripuerit turbaverit: et qui eum, cui aqua et igni interdictum est, receperit celaverit tenuerit: quive cum telo in publico fuerit, templa portas aliudve quid publicum armatis obsederit cinxerit clauserit occupaverit etc.

Die Vergleichung dieſer Stelle mit den Digeſtentiteln 48, 6 und 7 zeigt uns, daß Juſtinian manche Fälle, welche urſprünglich nach der lex Julia als vis privata beſtraft wurden, als vis publica beſtraft, und ſo namentlich auch den Fall bewaffneter Dejection[21e]). Dafür hat er Fälle unbewaffneter Gewalt, welche nach der

---

21dd) Wächter a. a. O. S. 44 ff. ſtellt im ganzen acht Fälle der vis publica zuſammen.

21e) L. 1, l. 3 pr., §§. 1, 3, §§. 5 und 6, l. 4, l. 5 pr., l. 10 §. 1, l. 11 pr. D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6. Dabei iſt es den Compilatoren begegnet, daß ſie den, qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur pulsaretur, neque homo occisus sit, unter beide Geſetze geſtellt haben. L. 10 §. 1 cit. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6 vgl. mit l. 2 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7. S. darüber Wächter a. a. O. S. 200 ff.

lex Julia schwerlich strafbar gewesen sind, als vis privata der Strafe dieses Gesetzes unterworfen. Zunächst gehört hieher die rapina im römischen Sinne, sofern sie ohne Waffen geschehen ist. Darüber heißt es in

l. 3 §. 2 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7:

Macer lib. 1. publ. Sed si nulli convocati nullique pulsati sint, per iniuriam tamen ex bonis alienis quid ablatum sit, hac lege teneri eum, qui id fecerit[21f]).

Sollte indessen dieser Fall schon nach der lex Julia strafbar gewesen sein, so ist er doch sicherlich nicht weiter strafbar gewesen, als es die Worte verlangen, d. h. nicht weiter, als der Begriff der rapina geht. Wer seine eigne bewegliche Sache mit Gewalt aus fremdem Besitze wegnimmt, der nimmt ebensowenig ex bonis alienis quid, als er vor der l. 7 Cod. unde vi 8, 4 per iniuriam wegnahm.

Und nicht anders kann es sich verhalten mit dem uns hier angehenden Falle der Dejection ohne Waffen. Von ihm sagt

l. 5 eod.:

Ulp. lib. 69. ad ed. Si quis aliquem deiecit ex agro suo hominibus congregatis sine armis, vis privatae postulari possit.

M. E. hat Ulpian geschrieben: vis privatae postulari non possit. Oder sollte wirklich die lex Julia de vi so schülerhaft gefaßt gewesen sein, daß sie die zuerst nach dem Berichte des Paulus (R. S. V, 26, 3) von ihr für die Dejection armatis hominibus angedrohte Strafe nochmals für die Dejection hominibus congregatis sine armis angedroht hätte, anstatt, wenn sie das deicere hominibus congregatis unter allen Umständen strafen wollte, einfach von

21f) Gewiß mit gutem Grunde nimmt Mommsen ad h. l. an, es sei hier ein negamus oder drgl. von den Compilatoren gestrichen worden.

solchen zu reden, ohne der Waffen überhaupt zu erwähnen? Aber immerhin angenommen, l. 5 sei nicht interpolirt[21m]), so spricht auch sie doch nur von dem Falle, wenn jemand ex agro suo[21s]) dejicirt wird, nicht von dem uns angehenden, wo der Eigenthümer selbst dejicirt.

Und fürwahr! ein seltsamer Widerspruch der Rechtsordnung mit sich selbst wäre es gewesen, wenn die ohne Waffen seitens des Eigenthümers vollzogene Dejection schwerer Criminalstrafe unterlegen hätte, während sie civilrechtlich nicht nur straflos blieb gegenüber demjenigen, der seinerseits vom Dejicienten vi aut clam besaß, sondern auch gegenüber demjenigen, der precario von ihm besaß, also zwar ohne Rechtsanspruch auf den Besitz, aber doch an sich in durchaus erlaubter Weise.

Paul. V, 6, 7:

Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.

Weshalb hätte also dem Eigenthümer die Dejection eines beliebigen Dritten verboten sein sollen, der ihm gegenüber schlechterdings keinen Anspruch auf den Besitz oder Quasibesitz hatte, vielmehr gerade durch seinen Besitz das Eigenthum verletzte?

Diese Auffassung mußte sich ändern infolge der von Justinian erwähnten divales constitutiones, nament-

---

21m) Dies ist die Ansicht Wächters a. a. O. S. 213 N. 15, der in dem „possit" bestimmt angedeutet findet, daß nicht schon die lex Julia von diesem Falle handelte, vielmehr erst die Jurisprudenz ihn unter die lex zog.

21s) Das „agro suo" wird grammatisch durchaus richtig auf den Dejicirten bezogen, sofern es eben die innige Verbindung des Grundstücks mit ihm ausdrücken soll. S. Kühner, Schulgrammatik der Lateinischen Sprache §. 122, Anm. 4 unter c. Vgl. Liv. 3, 31, 3: consules — hostem in sua sede, in Algido, inveniunt. Caes. de B. G. 5, 53, 2: Caesar Fabium cum legione in sua remittit hiberna.

lich infolge der l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22. Jetzt konnte sich auch im interdictum de vi non armata die exceptio vitiosae possessionis nicht mehr behaupten; und demnach haben die Compilatoren grundsätzlich jede Spur derselben getilgt.

Unter diesen Umständen darf unsrer Darlegung also die l. 4 §. 25 D. de usurp. 41, 3 nicht entgegen gehalten werden.

Paul. lib. 54. ad ed. Si dominus fundi possessorem vi deiecerit, *Cassius* ait non videri in potestatem eius redisse, quando interdicto Unde vi restituturus sit possessionem.

Daß Cassius nicht in der Allgemeinheit, wie die Stelle es jetzt thut, von jedem Falle der Dejection reden konnte, ergiebt ohne weiteres der Hinblick auf die zu seiner Zeit bestehende exceptio vitiosae possessionis, welche für den sine armis deiciens das Unde vi unschädlich machte. Aber er hat sicherlich ausschließlich von einem armis deicere gesprochen; und diese Beziehung haben die Compilatoren gestrichen.

Wenn die hier entwickelte Ansicht richtig ist, daß das interdictum de vi non armata der classischen Zeit gegen den dejicirenden Eigenthümer wirkungslos blieb, so haben wir damit ein Verhältniß gefunden, infolge dessen auch bei unserm Interdicte, wie beim interdictum de precario, die Frage nach dem Eigenthume aufgeworfen werden konnte. Sofern dies geschah, entschied das Urtheil endgültig auch über das Eigenthum des Impetraten gegenüber dem Impetranten. Hier war also unser Interdict ein proprietatis causam continens.

5. Wir wenden uns nunmehr wieder der Person des Impetranten zu.

Daß dem bloßen Detentor, auch dem zu eignem Vortheile detinirenden, wie dem Pächter und dem Miether, aus seiner Dejection das Interdict nicht erwächst, sagen

l. 1 §. 10 und §. 23 citt. und vollends § 22[21b]) und l. 20 h. t.[21i]) ganz unzweideutig. Wenn also l. 1. cit. §. 9 auch dem naturalis possessor das Interdict zuschreibt, so kann unter jener Bezeichnung der bloße Detentor nicht gemeint sein. Anderseits ist nicht erfindlich, wie so die Frage nach der Zuständigkeit des Interdictes in irgend welchem Zusammenhange stände mit der Frage, ob der deiectus Usucapionsbesitz gehabt habe oder nicht. Schon deshalb läßt sich nicht füglich annehmen, daß im Gegensatze zur naturalis possessio unter civilis possessio der Usucapionsbesitz gemeint sei, — ganz abgesehen davon, daß m. W. nirgend in den Quellen dieser Ausdruck in der hier bestrittenen Bedeutung sicher bezeugt ist.[22])

21[b]) S. unten S. 34.

21[i]) S. S. 35.

22) Wie der bekannte Gegensatz von obligatio civilis und obligatio naturalis sich darauf bezieht, ob ein von der Rechtsordnung anerkanntes Forderungsverhältniß klagbar ist oder nicht, so liegt es gewiß am nächsten, den Gegensatz von possessio civilis und possessio naturalis darauf zu beziehen, ob ein Besitzverhältniß durch das interdictum retinendae possessionis geschützt ist oder nicht. In diesem Sinne scheinen mir l. 24 D. de a. p. 41, 2 und l. 38 §§. 7 sq. D. de V. O. 45, 1 und nicht minder l. 2 §. 1 D. pro herede 41, 5 (s. unten §. 1850 Ziffer 18 vor N. 57) ebenso unbedenklich, wie treffend verstanden zu werden. Das Gleiche aber gilt m. E. von l. 3 §. 15 D. ad exh. 10, 4 vbd. mit l. 4 und l. 5 eod. In l. 3 §. 15 und der ursprünglich mit dieser Stelle unmittelbar zusammenhangenden l. 5 führt Ulpian aus, daß ad exhibendum nicht nur der juristische Besitzer haftet, sofern er die facultas exhibendi hat (l. 5 cit. §. 6), sondern auch der bloße Detentor (qui naturaliter incumbat possessioni), ja jeder, der jene facultas hat, sollte er gleich weder juristischer noch natürlicher Besitzer sein (l. 5 cit. pr. §§. 3—5). Der Jurist bestimmt also die Passivlegitimation für die actio ad exhibendum in genau entsprechender Weise, wie er nach l. 9. D. de R. V. 6, 1 die rei vindicatio nicht nur gegen den

Naturalis possessio kann hier nicht wohl etwas Anderes bezeichnen, als einen ſolchen juriſtiſchen Beſitz, der nicht

durch ein interdictum retinendae possessionis geſchützten Beſitzer giebt, ſondern auch gegen den bloßen Detentor, weil auch dieſer die facultas exhibendi hat. Und doch hätte es nahe genug gelegen, gerade bei der Paſſivlegitimation für die rei vindicatio des Uſucapionsbeſitzes inſoweit zu gedenken, als derſelbe die exceptio rei ex iusta causa traditae zu gewähren vermag. Wenn Rudorff im Anhange zur 7. Auflage von v. Savignys Recht des Beſitzes Num. 28 S. 601 eine Beziehung des Uſucapionsbeſitzes zur actio ad exhibendum in l. 16 D. de usurp. 41, 3 finden will, ſo hat er nicht beachtet, daß dieſe Stelle ganz und gar nicht davor warnt, den Uſucapionsbeſitzer überhaupt mit jener Klage zu belangen, ſondern nur davor, den Fauſtpfandgeber mit ihr zu belangen, weil dieſer ad usucapionem tantum possidet, m. a. W. nicht die facultas exhibendi hat, welche eben die Paſſivlegitimation begründet. Und wenn es ſchon richtig iſt, daß die actio ad exhibendum unter Umſtänden die Gefahr der Uſucapion einer Sache abwenden konnte, die der Exhibitionskläger hinterher vindiciren wollte (l. 9. §. 6 D. ad exh. 10, 4), ſo iſt es doch eine ganz willkürliche Behauptung, jene Klage ſei eingeführt worden, „um die Vindication vorzubereiten und die Uſucapion zu unterbrechen“, ſo daß „im Grunde der Uſucapionsbeſitzer und Contravindicant der richtige Beklagte (possessor)“ wäre, wenn eben nicht alles auf die facultas exhibendi ankäme. Wo es nicht erforderlich iſt, zuvor die Identität oder den Taxwerth der Sache feſtzuſtellen, welche vindicirt werden ſoll, oder wo dieſe nicht als die mit einer andern Sache verbundene Nebenſache von der letztern erſt getrennt werden muß, da findet ohne das Vorſpiel der actio ad exhibendum ſogleich die rei vindicatio ſelbſt ſtatt. Nun konnte freilich die litis contestatio aus dieſer Klage, welche im claſſiſchen Rechte nothwendig war, um die drohende usucapio des Streitgegenſtandes unſchädlich zu machen (Vat. fragm. §. 12), ordentlicher Weiſe erſt im rerum actus ſtattfinden; und ſo hat der Gedanke etwas Anſprechendes, hier habe die vom rerum actus unabhängige litis contestatio aus der actio ad exhibendum der Uſuca-

auf Grund eines durch die Rechtsordnung anerkannten Geschäftes, nicht ex iusta causa erworben ist und deshalb

---

pionsgefahr vorgebeugt. Allein diese Hülfe wäre doch unter allen Umständen auf bewegliche Sachen beschränkt geblieben, und obendrein auf solche, an denen der Usucapient die facultas exhibendi hatte. So begreift es sich, daß man von dieser Anwendung der actio ad exhibendum ganz absah und, soweit nicht etwa durch freiwillige oder erzwungene, Überlassung des juristischen Besitzes an einen Sequester (l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3. l. 39 D. de a. p. 41, 2) geholfen werden konnte, (s. unten §. 1850 Ziffer 14 nach N. 96) auf die Möglichkeit der in integrum restitutio verwies. L. 23 §. 4 D. ex quib. c. mai. 4, 6 (v.: vel dum alia mora iudicii contingit. O. E. Hartmann, über die römische Gerichtsverfassung S. 364 N. 45. Heißt aber civiliter possidere in l. 3 §. 15 D. ad exh. 10, 4 Interdictenbesitz haben, so besitzt demnach auch der Faustpfandgläubiger civiliter. Das „denique", womit Ulpian dessen Haftung begründet, bietet in Wahrheit keinerlei Schwierigkeit. Der Jurist sagt ganz einfach: Da jeder, der die facultas exhibendi hat, ad exhibendum haftet, so haftet folglich auch der Faustpfandgläubiger. Der Anlaß, seine Haftung ausdrücklich zu erwähnen, lag keineswegs, wie Rudorff a. a. O. meint, in dem Zweifel über die Haftung des Faustpfandgebers, sondern in wesentlich anderen Bedenken. Das erheblichste war wohl darin gegeben, daß der Faustpfandgläubiger als solcher die rei vindicatio, also das zur Begründung des Exhibitionsanspruchs unerläßliche iudicium directum, selbst eines ihm contractlich nicht verbundenen Eigenthümers mittels der exceptio rei pignori datae zurückzuschlagen vermag; ein weiteres darin, daß der Faustpfandgläubiger dem Pfandgeber contractlich für Rückgabe des, nicht etwa pfandmäßig verwertheten, Pfandes einsteht. Dieser zweite Zweifelsgrund wird in der Compilation durch die in Ulpians Ausführung eingeschobene l. 4 eod. mit dem Hinweise darauf widerlegt, daß auch die bloßen Detentoren, welche die nämliche Contractspflicht trifft, ad exhibendum haften. Vergl. auch Demelius, die Exhibitionspflicht S. 177. — Völlig unverständlich würde die Beziehung des civiliter non possidere auf den Usucapionsbesitz in l. 7 §. 1 D. ad. exh.

der Anfechtung durch irgend einen Rechtsbehelf unterliegt, sei dies eine Delictsklage, wie z. B. das interdictum de vi eines dritten Vorbesitzers, sei es eine condictio sine causa, wie sie z. B. gegenüber einer verbotenen Schenkung unter Ehegatten stattfindet.[23]) M. a. W. unser Interdict steht grundsätzlich auch dem Besitzer ex iniusta causa zu,

L. 1 §. 30 h. t.:

Qui a me vi possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum.

L. 12 und l. 18 pr. eod. (s. unten Seite 59 f.) Daß das Interdict machtlos war gegenüber demjenigen, von dem der Dejicirte selbst aut vi

---

10, 4 sein, ja obendrein falsch, wenn man nicht einen Widerspruch zwischen dieser Stelle und l. 30 §. 1 D. de usurp. 41, 3 annehmen will. Denn nach letzterer Stelle kann der Besitzer des Wagens das diesem von ihm angefügte Rad recht füglich ersitzen. Aber auch die Beziehung jenes Ausdrucks auf den juristischen Besitz giebt hier keinen treffenden Sinn. da ja auch der bloße Detentor ad exhibendum haftet. So wird das civiliter non possidere so verstanden werden müssen, daß ungeachtet der ihn haftbar machenden facultas exhibendi, also der thatsächlichen Möglichkeit, über das von ihm dem Wagen angefügte Rad zu verfügen, der Besitzer des Wagens für die rechtliche Auffassung doch nicht Besitzer des Rades als solchen ist, und zwar weder juristischer Besitzer, noch bloßer Detentor; daß er vielmehr das Rad nur als Theil des Wagens besitzt. Vgl. auch l. 23 §. 2 D. de a. p. 41, 2 vom gefesselten Freien: quem civiliter in mea potestate non habeo.

23) L. 26 pr. D. de don. i. v. et u. 24, 1: licet illa (die beschenkte Gattin) iure civili possidere non intellegatur; l. 1 §. 4 D. de a. p. 41, 2 (Paulus lib. 54. ad ed.). Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest etc. Cf. l. 1 §. 2 D. pro donato 41, 6. vgl. l. 22 §. 1 D. de prec. 43, 26.

aut clam aut precario beſaß, werden wir demnächſt ſehen.[23a])

Als dejicirt aber gilt der bisherige juriſtiſche Beſitzer nicht nur dann, wenn er perſönlich aus dem von ihm ſelbſt geübten Beſitze dejicirt worden iſt, ſondern nicht minder, wenn ſein Detentor dejicirt worden iſt, gleichviel auf welchem Rechtsgrunde das Detentionsverhältniß beruht.

L. 1 §. 22. h. t.:

Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. et si quis igitur alius, per quam possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.

Wenn der Beſitzer die Detention durch ſeine Sklaven ausübte, ſo konnte die Dejection auch in der Weiſe geſchehen, daß der Occupant dieſe Sklaven ſelbſt occupirte,

---

In dieſer Beziehung ſtimme ich alſo hinſichtlich der Bedeutung von civilis causa überein mit Karlowa, römiſche Rechtsgeſchichte, Bd. 2, S. 311 f., auch S. 328 f., — nicht dagegen, ſofern er die hier zur Anwendung kommende Bedeutung jenes Ausdruckes auch für die in N. 22 beſprochenen Stellen zu verwerthen ſucht, indem er unter possessio civilis den Beſitz verſteht, „der vom Civilrecht als ſolcher anerkannt iſt, bezw. nach Civilrecht Wirkungen haben kann". Unter ſolchen Wirkungen begreift er den ſofortigen Eigenthumserwerb, den Fruchterwerb und, verſtehe ich recht, nicht minder die Uſucapion; es genügt ſchon eine dieſer Wirkungen zum Daſein der possessio civilis. Hierbei jedoch iſt nicht verſtändlich, weshalb derjenige, der eine von ihm beſeſſene bewegliche Sache als Nebenſache mit einer andern mechaniſch verbunden hat, die erſtere nicht immer noch civiliter beſitzt: ſetzt er doch ihre Erſitzung fort. L. 30 §. 1 D. de usurp. 41, 3.

23a) Unten Ziffer 11.

indem er sie mit Gewalt festhielt oder sie veranlaßte, nunmehr ihm zu gehorchen. Und selbstverständlich lag auch darin eine Dejection des bisherigen Besitzers, wenn der Occupant einen Theil der detinirten Sklaven verjagte, einen andern in seinen eignen Besitz brachte.

L. 1 §. 46 D. h. t.:

Idem *Vivianus*[26]) refert: servos quosdam vi depulit, alios retinuit et vinxit aut etiam eis imperavit: vi te deiectum intellegi: desisse enim possidere, cum servi ab alio possideantur. et quod in parte servorum dictum est, idem in omnibus dici ait, si forte nemo depulsus esset, sed possideri ab eo coepissent, qui ingressus in possessionem esset.

Der Dejection des unmittelbaren Detentors gleich wirkt für den Besitzherrn begreiflicherweise die Dejection dessen, dem jener die Detention weiter überlassen hat; wird also z. B. der Afterpächter oder Aftermiether dejicirt, so steht das Interdict nicht dem Afterverpächter oder Aftervermiether zu, sondern dem ersten Verpächter oder Vermiether.

L. 20 h. t.:

Labeo lib. 3. pithanon a *Paulo* epitomatorum. Si colonus tuus vi deiectus est, agis Unde vi interdicto, idem si inquilinus tuus vi deiectus fuerit. *Paulus:* idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino.

Und zwar ist die Dejection des Besitzherrn unmittelbar vollzogen mit der Thatsache der Dejection des Deten-

26) Zwischen Cassius und Octavianus, also Ende des ersten oder Anfang der zweiten Jahrhunderts n. Chr. Geb. Vgl. P. Krüger, Geschichte der Quellen und der Litteratur des Römischen Rechts, S. 158.

tors (bezw. Subdetentors); auf seine eigne Kenntniß davon kommt es nicht an.[27])

Weil die Dejection des Detentors als Dejection des Besitzherrn selbst gilt, mußte es als völlig überflüssig erscheinen, die in der ältern Fassung des Interdictes vorkommenden Worte „aut familiam aut procuratorem illius" beizubehalten.[28])

Aber auch umgekehrt: der Besitzherr, obwohl persönlich dejicirt, gilt als dejicirt nicht, wenn nicht sämmtliche Leute, durch die er den Besitz ausübte, mit dejicirt worden sind: denn solange auch nur Einer von ihnen noch in der Detention verblieben ist, dauert der alte Besitz fort.

L. 1 §. 45 h. t.:

Non alii autem, quam ei, qui possidet,[28a]) interdictum Unde vi competere argumentum praebet, quod apud *Vivianum* relatum est, si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui deiecti non sunt.

Gleichgültig dagegen ist es für den Begriff der Dejection, ob mittels der Dejection der Dejicient oder derjenige, zu dessen Gunsten die Dejection geschieht, seinerseits den Besitz des Grundstückes erlangt oder nicht.

L. 4 §. 22 D. de usurp. 41, 3:

Paul. lib. 54. ad ed. Si tu me vi expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore

---

27) L. 1 §. 22 cit. v.: etiamsi ignoret eos deiectos.

28) S oben Ziffer 2 S. 6 unter 3).

28a) Obwohl diese Lesart der Florentina durch die Basil. LX, 17,7 und das Scholion (Dorotheus) dazu bestätigt wird, ist mit Mommsen zu lesen: possidere desiit oder dergl. Eine Anzahl älterer Vulgathandschriften liest, offenbar in demselben Sinne: non possidet.

capi res: quamvis enim interdictum Unde vi locum habeat, quia verum est, vi me deiectum, non tamen verum est, et vi possessum.

L. 33 §. 2 eod.

Julian. lib. 44. dig. (ſ. unten S. 44 f. zu N. 37).

Es kommt alſo lediglich darauf an, daß der bisherige Beſitzer ſeines Beſitzes entſetzt worden iſt.

6. Die Handlung der Dejection beſteht gemäß der natürlichen Bedeutung des Ausdrucks in der gewaltſamen körperlichen Entſetzung des Beſitzers (oder ſeines Detentors oder Subdetentors) aus dem körperlichen Beſitze eines Grundſtückes.

Die bei der Dejection in dieſem Sinne angewandte vis iſt mithin eine lediglich phyſiſch wirkende, eine vis absoluta; die Dejection bewirkt für den bisherigen Beſitzer den Verluſt ſeines Beſitzes ohne Rückſicht auf ſeinen Willen, solo corpore. Wer dagegen aus Furcht vor einer Drohung einem Andern geſtattet, den Beſitz eines bisher von ihm innegehabten Grundſtücks zu ergreifen, der verliert ſeinen Beſitz nicht durch Dejection, ſondern dadurch, daß er, wenngleich nur auf Zwang, vis compulsiva, den Willen bethätigt, ihn einem Andern zu überlaſſen, alſo et animo et corpore: m. a. W. er tradirt. Zur Wiedererlangung des ſo verlorenen Beſitzes ſteht ihm folglich die actio quod metus zu, nicht unſer Interdict.

L. 9 pr. i. f. D. quod met. 4, 2:

Ulp. lib. 11. ad ed. — sed et si per vim possessionem tradidero, dicit ***Pomponius*** hoc edicto (sc. de metu) locum esse.

L. 5 h. t.:

Ulp. lib. 11. ad ed. Si per vim tibi possessionem tradidero, dicit *Pomponius* Unde vi interdictum cessare, quoniam non est vi deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

Wie jedoch, wenn der Besitzer weder zwangsweis seinen Besitz tradirt hat, noch auch mittels Anwendung körperlicher Gewalt gegen seine Person (oder die Person seines Detentors) aus demselben verdrängt worden ist, ihn vielmehr aus Furcht vor einer drohenden Vergewaltigung durch Flucht preisgegeben hat?

Freilich scheint bereits Cicero ein deiectum esse mindestens in dem Falle als zweifellos anzunehmen, wenn der Besitzer aus Furcht vor Bewaffneten geflohen war, die sich in der Absicht genähert hatten, ihn zu entsetzen.

Pro Caec. 17, 49: Quid si fuisset (sc. in eo loco, unde se deiectum esse dicit) et ex eo loco metu permotus fugisset, quum armatos vidisset, diceresne esse deiectum? Opinor.[29])

Dagegen hat nach einem völlig unverdächtigen Berichte des Pomponius noch Labeo zum Begriffe der Dejection schlechthin unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt gegen die Person des Detinirenden erfordert. Laut jenes Berichtes bestritt er nämlich nicht nur die Zulässigkeit des edictum de metu, sondern ebenso auch die Zulässigkeit des Unde vi für den Fall, wenn der Besitzer geflohen war aus Furcht vor Vergewaltigung durch Personen, die sich im Augenblicke der Flucht noch außerhalb des von ihm besessenen Grundstückes befunden hatten. War dagegen die Flucht erst erfolgt, nachdem diese Personen be-

29) Nicht hieher gehört Cic. pro Caec. 16, 45: — quum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent: Ni adversus edictum praetoris vis facta esset. Diese Stelle bezieht sich vielmehr auf eine durch das Uti possidetis verbotene vis. S. diesen Commentar Serie der Bücher 43 u. 44, Bd. 1 §. 1836 Ziffer 39 S 219 ff.

reits in das Grundstück eingedrungen (ingressi) waren,[30]) so hielt Labeo jenes Edict für anwendbar; er erblickte also in dem Hergange ein metus causa gestum, m. a. W. die erzwungene Tradition des Grundstücks.

L. 9 pr. D. quod met. 4, 2. cit.

Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita *Pomponius* libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto (sc. de metu) locus sit? et refert *Labeonem* existimare edicto locum non esse et Unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi, sed profugi. aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere etc.

Galt aber die Flucht aus dem Grundstücke als erzwungene Tradition desselben an die Eingedrungenen, so war damit das Unde vi für diesen Fall nothwendig ausgeschlossen. In der That schweigt auch unser Bericht völlig davon, daß Labeo unserm Interdicte hier stattgegeben habe. Und noch weniger ist daran zu denken, daß er dasselbe zugelassen haben sollte, wenn die Personen, bei deren Annäherung der Besitzer geflohen war, erst nach dessen Flucht das bereits verlassene Grundstück in Besitz genommen hatten.

Gerade umgekehrt erklärt nach einem zweiten Berichte des nämlichen Pomponius der nämliche Labeo denjenigen schlechthin für vi deiectus, der aus Furcht vor

30) Wenn v. Savigny a. a. O. §. 31 7. Aufl. S. 345 N. 2 behauptet, durch das „ingressi sunt" solle nicht sowohl das wirkliche Eingehen bezeichnet werden, als die unmittelbare körperliche Gegenwart, welche freilich nach seiner Lehre zum corpus possessionis genügt, so bedarf das kaum der Widerlegung.

einer drohenden Vergewaltigung das von ihm beſeſſene Grundſtück fluchtweis verlaſſen hat.

L. 1 §. 29 h. t.:

Idem ***Labeo*** ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, ***vi***[31]) videri deiectum. sed ***Pomponius*** ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo[32]) etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum.

Der Widerſpruch zwiſchen den beiden Mittheilungen über Labeos Anſicht ſcheint mir unleugbar. Es iſt die Spitzfindigkeit der Verlegenheit, wenn Cujas[33]) ihn dadurch zu beſeitigen ſucht, daß er in l. 9. pr. cit. das audito preßt und in l. 1 §. 29 cit. ſtatt des Hörens ein Sehen vorausſetzt. Gebraucht doch Ulpian in l. 3 §. 6 h. t.[33a]) für den Fall der Flucht des Beſitzers vor Bewaffneten,

---

31) Die Florentiner Handſchrift hat das *vi* nicht, wohl dagegen die erſte Correctur der Pariſer Nr. 4455 ($X^{b}_{=}$) aus dem 13. Jahrh.; beſtätigt wird es durch das Scholion 45 (Dorotheus) ad Basil. LX, 17, 7: *δοκεῖ καὶ αὐτὸς βίᾳ τῆς νομῆς ἐκβεβλῆσθαι.*

32) Die Florentiner Handſchrift, die Pariſer Nr. 4455 (X), die Bamberger (M) aus dem 13. Jahrh. und die erſte Lesart der Königsberger (O^{a}) aus dem 14. Jahrh. leſen: ego; ergo haben die Pariſer Nr. 4458 (Y) aus dem 13. Jahrh., die erſte Correctur der Königsberger (O^{b}) und die Mommſenſche (Codex Colladonianus C) aus dem Ende des 13. oder dem Beginne des 14. Jahrhunderts. Beſtätigt wird letztere Lesart durch das erwähnte Baſilikenſcholion 45: *οὐκοῦν καὶ οὗτος ὁ φυγών, ἐὰν μετὰ τὴν φυγὴν αὐτοῦ ἐπελθόντες βίᾳ τῆς νομῆς ἐπελάβοντο, τότε δοκεῖ βίᾳ ἐκβεβλῆσθαι τῆς νομῆς.*

33) Commentarius ad Tit. Quod metus causa gestum erit ad leg. IX. Aehnlich verſtehe ich Kniep, vacua possessio S. 55, dem Klein, Sachbeſitz S. 158 N. 5, m. E. irrig die Anſicht zuſchreibt, Labeo habe im Falle der l. 9. pr. vielleicht daran gedacht, daß der Beſitzer Bewaffnete geſehen habe.

33a) S. unten S. 49.

die anderswohin gehen, also für einen Fall, in dem er keine Dejection annimmt, gerade den Ausdruck „visis armatis“, während er in l. 3 cit. §. 7 für den Fall der Flucht vor Bewaffneten, si possessio ab his fuerit occupata, in welchem er Dejection annimmt, umgekehrt sagt: cum armatos audisset venire[33b]), wie ganz entsprechend für letztern Fall Paul. V, 6, 4[33c]) von violentiae opinione comperta redet.

Allein es dürfte in der That nicht zweifelhaft sein, daß der Text der l. 1 §. 29 h. t. verderbt ist. Wenn Pomponius gegenüber der unbedingten Behauptung Labeos, der metu turbae perterritus aus einem Grundstücke Entweichende sei dejicirt, eine Dejection hier aus dem Grunde in Abrede stellte, weil vis ohne körperliche Gewalt nicht stattfinde, so konnte er doch aus dieser Verneinung nicht füglich folgern, daß auch derjenige dejicirt sei, der vor anrückenden Personen aus seinem Besitze geflohen ist, sobald nur die Anrückenden gewaltsam den Besitz occupirt haben. Denn hierin liegt überhaupt keine unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt gegen die Person des Besitzers, wie Pomponius sie nach der überlieferten Lesart für den Begriff des vi deicere verlangt. Aber selbst wenn er eine solche Anwendung annähme, so müßte unter allen Umständen die Folgerung dahin lauten, daß nur dann (ita demum) der Flüchtige als dejicirt zu betrachten sei, wenn die Anrückenden nunmehr den verlassenen Besitz gewaltsam eingenommen haben.[33d]) Jene unzutreffende Schlußfolgerung

33b) S. unten S. 49.

33c) S. unten S. 48 vor N. 38c.

33d) S. auch Kniep a. a. O. S. 52 f., der m. E. übrigens unnöthige Schwierigkeit noch dadurch schafft, daß er die turba, von der Labeo spricht, in Gegensatz bringt zu den supervenientes quidam, von denen Pomponius redet, und unter denen Kniep „einzelne wenige“ versteht.

vermeidet man allerdings, wenn man mit der Florentina ego lieſet und dieſes auf Ulpian bezieht,[34]) der ſonach die entgegengeſetzten Anſichten des Labeo und des Pomponius zu vermitteln ſuchen würde. Dem läßt ſich zwar nicht entgegenhalten, es ſei zwiſchen dieſen beiden nach l. 9 pr. D. quod met. 9, 2 kein Streit geweſen;[35]) denn an jener Stelle iſt die eigene Meinung des Pomponius hinſichtlich des Unde vi für den Fall der Flucht gar nicht erwähnt.[35a]) Allein wenn Labeo ſeine in l. 9 pr. cit. ſo beſtimmt geäußerte Anſicht gegen die in l. 1 §. 29 cit. berichtete aufgegeben haben ſollte, oder umgekehrt dieſe gegen jene, ſo müßte es doch höchſt befremdlich bleiben, daß weder Ulpian, noch Pomponius, deſſen Bericht der erſtere in beiden Stellen benutzt, ſo wenig hier wie dort ſolcher Meinungsänderung Erwähnung gethan hat. Iſt eine derartige Meinungsänderung an

34) Wie es z. B. thut Pothier, Pandektae Justin. in novum ordinem digestae tom. IV. ad tit. 43, 16 art. I §. V. Kniep a. a. O. S. 53.

35) So v. Savigny, Recht des Beſitzes §. 31. 7. Aufl. S. 346 N. 1. Auch Bruns, Beſitzklagen S. 125 zu N. 1, ſchreibt die Worte: si posteaquam discessi in l. 9 pr. cit. dem Pomponius zu, indem er davon ausgeht, es ſei hier vom Unde vi die Rede, während vielmehr von der actio quod metus geredet wird.

35a) Vielmehr enthält der ganze Abſchnitt: Labeonem existimare bis huic enim edicto locum facere lediglich den Bericht, welchen Pomponius von der Anſicht Labeos giebt. Daß darin die Begründung der Behauptung: Unde vi interdictum cessare in directer Rede mitgetheilt wird, kann um ſo weniger befremden, als die Umſchmelzung des Satzbaus in indirecte Rede einigermaßen umſtändlich geweſen wäre. Ebenſo aber verhält es ſich mit den folgenden Worten: aliter — discessi; auch ſie gehören dem Labeo an, für deſſen, wiederum in indirecter Faſſung berichtete, Entſcheidung: huic — facere ſie ihrerſeits den Thatbeſtand vorführen.

sich wenig wahrscheinlich, so wird sie durch solches Schweigen völlig unglaubhaft. Und nun beachte man vollends die Ausdrucksweise: vim sine corporali vi locum non habere! Sie wäre selbst dann kaum erträglich, wenn es sich etwa darum handelte, den Begriff der vis beim Unde vi zu bestimmen;[36]) um wie viel weniger, da in Wahrheit der Begriff des vi deiectum esse in Frage steht.

Ist es unter diesen Umständen nicht überaus nahe gelegt, l. 1 § 29 cit. etwa so zu lesen:

Idem Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi non[36a]) videri deiectum, id enim sine corporali vi locum non habere. sed Pomponius ait: ego: etiam eum etc.

Das Ausfallen der Wörter: vi non, wie es die Florentina zeigt, erklärt sich sehr einfach daraus, daß das Auge des Abschreibers von dem vi sofort auf das videri übersprang. Eben dieses Ausfallen des non aber hat vermuthlich die ganze Verwirrung verursacht. Denn um ohne jenes non einigermaßen Zusammenhang in die Stelle zu bringen, mußte man die Reihenfolge der beiden

36) So erklärt v. Savigny a. a. O. §. 40. 7. Aufl. S. 428 N. 4: vim (sc. in hoc interdicto) sine corporali vi locum non habere.

36a) So schlägt auch Klein a. a. O. 158 N. 5 vor; dagegen verwirft er S. 159 N. 8 das ego, sofern es auf Ulpian bezogen wird: es habe ein Hinderniß in videri, welches dem ait und non habere entspreche und den mit ergo anfangenden Satz als Fortsetzung des Ausspruches des Pomponius characterisire. Vis corporalis sei die wirklich ausgeführte Besetzung, die durch eigenmächtigen Eintritt ins Grundstück realisirte Gewalt. Es ist dabei jedoch schwer zu verstehen, wie Pomponius die mit der überlieferten Lesart ihm auch von Klein zugeschriebene Behauptung, vis fände ohne corporalis vis nicht statt, zur Grundlage der durch ergo eingeleiteten Schlußfolgerung machen konnte.

Sätze: id enim — habere und: sed Pomponius ait umſtellen. Damit war natürlich das id enim unhaltbar geworden, und ſo verwandelte man dasſelbe in das überaus ungeſchickte vim. Daß andere Abſchreiber aus dem nunmehr ganz unverſtändlichen ego ein ergo machten, iſt ebenſo begreiflich, wie die Wiedereinſchaltung des vi im Anfange.[36b])

Leugnete nun Labeo, wenigſtens nach l. 9 pr. D. quod met. 4, 2 cit., für den Fall eine Dejection ſchlechthin, wenn der Beſitzer geflohen war, bevor ein Anderer in das Grundſtück eingedrungen, ſo hielt umgekehrt Julian zum Begriffe der Dejection nicht einmal die Beſitznahme ſeitens des Dritten erforderlich, bei deſſen Herannahen der bisherige Beſitzer geflüchtet war. War von dieſer Seite eine Beſitznahme nicht erfolgt, vielmehr das Grundſtück demnächſt anderweit in Beſitz genommen worden, ſo erklärt der Juriſt allerdings das Uſucapionsverbot der lex Plautia et Julia für unanwendbar, weil das Grundſtück keine res vi possessa ſei; unzweifelhaft dagegen will er das Unde vi gegen denjenigen zulaſſen, vor dem der frühere Beſitzer geflohen iſt: denn wozu würde er dieſen ſonſt als vi deiectus bezeichnen?

L. 33 §. 2 D. de usurp. 41, 3:

Julian. lib. 44. dig. Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit[37]) atque ita profugerit,

36b) Daß Dorotheus die Lesart beſtätigt, welche wir für verderbt halten (ſ. oben N. 31 und 32), beweiſt gegen dieſe unſre Annahme nichts: die von uns angenommene Verderbniß kann recht wohl ſchon zur Zeit der Compilation beſtanden haben.

37) Basil. L., 3, 31 ad. h. l.: *νομίσας ἐνόπλους ἐπιβαίνειν.* Cujas iſt infolge ſeiner Vereinigung der l. 9 pr. D. quod met. 4, 2 mit l. 1 §. 29 h. t. (ſ. oben zu N. 33) genöthigt, ſtatt existimaverit vorzuſchlagen: extimuerit. Commentar. ad tit. quod met. l. 9 init. und ad tit. de usurp. l. non solum (33) v. *venientes existimaverit.*

quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur: sed nihilo minus id praedium, etiam antequam in potestate domini redeat, a bonae fidei possessore usucapitur, quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis deiectus fuisset.

Hätte Julian zum Begriffe der Dejection unbedingt die Occupation des Grundstücks seitens desjenigen erfordert, bei dessen Herannahen der Besitzer geflohen ist, so wäre m. E. die Möglichkeit der Usucapion des Grundstücks gänzlich undenkbar, weil es dann ja stets vi possessum wäre. Es ist deshalb unzulässig, die Worte: profugerit, quamvis nemo ingressus fuerit mit Bruns[38]) so zu verstehen, daß es zwar gleichgültig sei, ob im Augenblicke der Flucht das Eindringen bereits erfolgt sei oder „noch nicht", daß jedoch unter allen Umständen ein Eindringen erfolgen müsse, damit Dejection angenommen werden könne.

Sicherlich werden wir Julianen darin beistimmen müssen, daß in der Flucht aus einem Grundstücke niemals dessen erzwungene Tradition liegt. Verliert der Fliehende infolge seiner Flucht den Besitz, so verliert er ihn solo corpore, nicht zugleich durch seinen Willen: der allein entscheidende Umstand liegt darin, daß ihm die thatsächliche Verfügung über das Grundstück genommen ist.

Aber eben deshalb muß der scheinbar ganz allgemein lautende Ausspruch Julians mit einer selbstverständlichen Beschränkung verstanden werden. Nur dann kann der Flüchtling als dejicirt gelten, wenn ihm die thatsächliche Verfügung über das von ihm verlassene Grundstück entweder durch dessen Besitznahme seitens der Gewalt,

38) Besitzklagen S. 125 N. 2; ähnlich schon das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 70 N. 11. — Vgl. auch l. 4. §. 22 D. de usurp. 41, 3 (oben S. 36f.).

vor der er geflohen, oder durch andere Maßnahmen derselben Seite entzogen worden ist.[38a]) Dazu jedoch ist es unerläßlich, daß der Dritte, bei dessen Herannahen er floh, in der Absicht sich genähert hat, ihn aus dem Besitze zu setzen: ist doch selbst ein Entfernen des Besitzers aus dem von ihm besessenen Grundstücke vermöge unmittelbarer Anwendung körperlicher Gewalt auf seinen Körper nur dann ein vi deicere, wenn es in der Absicht der Besitzentsetzung geschieht, keineswegs aber z. B. dann, wenn auf solche Weise der geisteskranke Besitzer aus einer Feuersbrunst gerettet wird.

Ganz anders ist die Sachlage, wenn derjenige, bei dessen Herannahen der Besitzer geflohen, gar nicht mit der Absicht herangekommen ist, jenen aus dem Besitze zu setzen. Mit der Anerkennung des solo animo retineri possessionem versteht es sich von selbst, daß in diesem Falle der Fliehende durch die bloße Flucht seinen Besitz überhaupt nicht verloren hat. Es ist eben falsch, in der Flucht eine Bethätigung des animus non possidendi zu erblicken: der Fliehende will seine Person sichern, keineswegs seinen Besitz aufgeben, gerade so wenig, wie wenn er etwa vor einer drohenden Ueberschwemmung flieht oder vor einer in der Nähe stattfindenden Schlacht.[38b])

38a) Unter Bezugnahme auf die bei Gai. IV, 153 bezeugte Meinung einzelner Juristen, welche ein animo retineri possessionem nicht anerkannten, findet Klein einen Rest dieser Ansicht in unsrer l. 33 §. 2; Julian nehme hier sofort mit der Flucht des einen gewaltsamen Einfall fürchtenden Grundbesitzers Besitzverlust an, und zwar als unmittelbare Folge davon, weil er gegangen. Sollte aber Julian in einer Flucht aus völlig unbegründeter Furcht ein vi deiectum esse erblickt haben?!

38b) Und vollends kann kein Aufgeben des Besitzwillens darin erblickt werden, wenn der Besitzer an einem solo animo besessenen Grundstücke aus Furcht vor irgend einem Uebel,

Occupirt also weder derjenige, vor dem der Besitzer geflohen ist, noch der Dritte, dem jener den Besitz zuwenden will, diesen Besitz sofort, so bleibt derselbe dem Flüchtlinge ungeachtet seiner Flucht erhalten; bis zu seiner Rückkehr auf das verlassene Grundstück, die ihm ja unbehindert offen steht, retinet possessionem solo animo. Occupirt aber derjenige, der ohne die Absicht, den Besitzer zu entsetzen, herangekommen ist, oder ein beliebiger Dritter nunmehr den vom Besitzer verlassenen Besitz, so muß eben deshalb die gleiche Behandlung eintreten, wie bei der Occupation eines jeden andern solo animo besessenen Grundstücks.

Nur mit der geschilderten Maßgabe erklärt Julian

---

z. B. vor ansteckender Krankheit, längere Zeit hindurch Ausübungshandlungen unterläßt. L. 4 Cod. de acq. et ret. pos. 7, 32: (Dioclet. et Maxim. Nepotianae a. 290) Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. si igitur desertam praediorum possessionem non derelinquendi adfectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest. Es ist handgreifliche Willkür, wenn Klein, Sachbesitz S. 168, in den Thatbestand, der hier beurtheilt wird, eine Occupation des Grundstückes während der Abwesenheit der Nepotiana aus den Worten: ex metus necessitate hineinliest. Denn diese Worte können sich auf sehr viel Anderes beziehen, als auf „Kenntniß der aus der Occupation drohenden Gefahr"; und die transmissi temporis iniuria (Klein S. 179f.) braucht keineswegs in solcher Occupation bestanden zu haben. Vielmehr: wenn eine clandestina occupatio des Grundstücks den Zweifel nach der Fortdauer des Besitzes der Nepotiana veranlaßt hätte, so würde es unumgänglich gewesen sein, diesen allein wesentlichen Umstand ausdrücklich hervorzuheben. Unter allen Umständen aber hätte alsdann unser Rescript in Justinians Codex nicht aufgenommen werden dürfen: seine Entscheidung würde mit l. 11 Cod. unde vi unvereinbar sein.

für den Thatbestand der Dejection und dessen Folge, das Unde vi, die unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt gegen den Besitzer für nicht erforderlich; nur mit ihr ruft die bloße Drohung in Beziehung auf den Besitzstand genau denselben Erfolg hervor, den die unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt gehabt haben würde: der Besitz ist solo corpore verloren gegangen, weil der Besitzer auch hier mit Gewalt vertrieben worden ist. Der Unterschied beider Fälle beruht lediglich darin, daß im einen der Besitz durch die körperliche Vergewaltigung des Besitzers für die Occupation zugängig geworden ist, im andern durch dessen Flucht.

In der Gleichstellung beider Fälle lag ein großer Fortschritt. Solange man dem durch bloße Bedrohung Vertriebenen das Unde vi versagte, mußte der bedrohte Besitzer sich leicht veranlaßt fühlen, ungeachtet der gewissen Aussicht, überwältigt zu werden, seinen Körper blos zu dem Zwecke Thätlichkeiten auszusetzen, um so Schutz für seinen Besitz zu erlangen.

Es entspricht dem praktischen Sinne der Römer, daß sie die Ansicht Julians allgemein angenommen haben.

Paul. V, 6, 4:

Vi deicitur non tantum, qui oppressu multitudinis aut fustium aut telorum aut armorum metu terretur, sed et is, qui violentiae opinione comperta possessione cessit, si tamen eam adversarius ingressus sit.

L. 1 §. 28 h. t.:

Vi possidere eum definiendum est, qui expulso vetere possessore adquisitam per vim possessionem obtinet aut qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit ut[38c]) contra bonos mores auxilio, ne prohiberi possit ingrediens in possessionem, facit etc.

38c) et *scr.* M.

L. 3. §§. 6 und 7 h. t.:

Ulp. lib. 69. ad ed. Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit, non videtur deiectus, quia non hoc animo fuerunt, qui armati erant, sed alio tendebant. §. 7: Proinde et si, cum armatos audisset venire, metu decesserit de possessione, sive verum sive falsum audisset, dicendum est non esse eum armis deiectum, nisi possessio ab his fuerit occupata.

Daß sowohl Paulus a. a. O., als Ulpian in l. 1 §§. 28 sq. und l. 3 §. 7 cit. als weitere Voraussetzung für das vi deici neben der Flucht des Besitzers die Occupation des verlassenen Grundstückes seitens des Gegners anführen, ist durchaus begreiflich: sie bezeichnen damit den Thatbestand, worin sich eine Dejection ohne unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt gegen den bisherigen Besitzer weitaus am häufigsten vollzieht. Selbstverständlich schließen sie damit zugleich den Fall der bloßen Flucht des Besitzers vom Begriffe der Dejection aus, keineswegs aber auch den Fall, in welchem der Flüchtling durch Gewaltandrohung verhindert wird, auf das von ihm verlassene Grundstück zurückzukehren, aber einstweilen weder der Gegner, noch ein Dritter den Besitz dieses Grundstückes ergriffen hat. Zeigt doch l. 4 §. 22 D. de usurp. 41, 3[38d]), daß Paulus, in völliger Uebereinstimmung mit Julian, auch in diesem Thatbestande ein deiectum esse erblickt.

Um so mehr werden wir dem Unde vi in dem Falle stattgeben müssen, wenn der bisherige Besitzer eines Grundstücks, ohne körperlich berührt worden zu sein, erst dann aus dem Grundstücke gewichen ist, nachdem ein Dritter in der Absicht der Besitznahme bereits darin eingedrungen war.

38d) S. oben S. 36.

7. Eine zweite Erweiterung des Begriffs der Dejection ist vielleicht schon weit früher erfolgt.

L. 6 §. 1 D. de a. p. 41, 2:

Ulp. lib. 70. ad ed. Qui[39]) ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere *Labeo* scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

Jemand hat ein Grundstück occupirt, dessen Besitzer, ohne einen Besitzgehülfen darauf zurückzulassen, zu Markte gegangen ist. Unter diesen Umständen mußte das Grundstück unverkennbare Spuren davon aufweisen, daß es einen Besitzer habe; der Occupant konnte mithin das Bewußtsein gar nicht abwehren, sich fremden Besitzes zu bemächtigen: er hat also gemäß der im principium der Stelle aufgestellten Begriffsbestimmung den Besitz clam ergriffen, und Labeo sagt denn auch ganz ausdrücklich, er besitze clam[40]).

Nun entnehmen wir allerdings aus der l. 3 §. 5 D. de a. p. 41, 2[40a]) mit voller Sicherheit, daß Labeo

39) Si quis *scr.* M.

40) L. 6 cit. pr.: Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et, ne faceret, timebat. is autem, qui, cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere: non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est: nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua (alia qua?) ratione bonae fidei possessionem nanciscitur. itaque, inquit *Pomponius,* clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur. Bruns, Besitzklagen S. 137.

40a) Paul. lib. 54. ad ed.: Ex contrario plures eandem rem

die Fortdauer des bisherigen Besitzes neben einer clandestina possessio für schlechthin unzulässig hielt[40b]). Sollte ihm also in unsrer l. 6 §. 1 auch der Satz angehören: retinet ergo possessionem, qui ad nundinas abiit, so dürften wir denselben nicht auf die Fortdauer des Besitzes überhaupt beziehen, sondern nur davon verstehen, daß der Occupant eben seiner clandestina possesio halber im Uti possidetis, dem interdictum retinendae possessionis, dem frühern Besitzer unterliegen müsse, wenngleich der Letztere im übrigen als Besitzer nicht mehr gelte[41]). Doch ist es angesichts der directen Redeform, in welcher jener Satz zwischen Sätzen indirecter Fassung ausgesprochen wird, und der sprachlichen Härte, womit er sich auf ein andres Subject bezieht, als diese, mindestens natürlicher, ihn als eine eingeschobene Bemerkung Ulpians aufzufassen[42]).

Umgekehrt dagegen spricht die indirecte Fassung des Schlußsatzes der l. 6 §. 1 cit. dafür, daß dieser von Labeo

---

in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. idem Trebatius probabat, existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. S. die Auslegung dieser Stelle in Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 185 ff.

40b) Praktisch ausgedrückt: die Fortdauer der Usucapion. Thl. 2 diese Serie des Commentars S. 186 f.

41) Vgl. Rudorff zu v. Savigny, Recht des Besitzes Num. 110 S. 680; Bruns a. a. O. S. 145.

42) Bruns a. a. O. S. 144; Karlowa, römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 322.

herrühre[43]). Ist dies richtig, so hat also schon Labeo, trotzdem er bei heimlicher Occupation die Fortdauer des bisherigen Besitzes leugnete, die, uns im gegenwärtigen Zusammenhange ausschließlich angehende, Ansicht gehegt, der heimliche Occupant sei als Dejicient zu behandeln, so bald er den frühern Besitzer verhindere, das Grundstück wieder zu betreten.

Vielleicht ist diese Ansicht sogar noch erheblich älter. Pomponius berichtet uns nämlich, es sei fraglich, ob der solo animo geübte Besitz eines Grundstücks in seinen rechtlichen Wirkungen sofort aufhöre, sobald ein Dritter ihn occupirt habe, oder vielmehr erst dann, wenn entweder dieser Dritte den Versuch des bisherigen Besitzers, seinen Besitz zu behaupten, abweise, oder der bisherige Besitzer aus Furcht vor solcher Zurückweisung den Besitz animo aufgebe.

L. 25 §. 2 D. de a. p. 41, 2:

Pompon. lib. 23. ad Q. Mucium. Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.

Hier ist der Satz: quod quasi magis probatur zweifach anstößig. Zunächst sprachlich: was soll das „quasi" in diesem Zusammenhange bedeuten? „Beinahe" oder „ungefähr", wie Schirmer[43a]) es übersetzt, kann es

43) Bruns und Karlowa a. a. O.

43a) Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung Bd. 8 S. 611 f. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 166 N. 28, der das magis „auf das Verhältniß der Anhängerzahl der einzelnen Theorien" bezieht, äußert sich über das quasi gar nicht.

schwerlich heißen, denn für eine von zwei allein in Frage stehenden Meinungen ist zwar eine knappe Mehrheit denkbar, nicht aber „beinahe eine Mehrheit", „eine ungefähre Mehrheit": dies wäre eben noch die Minderheit, höchstens ein Gleichgewicht der Stimmen. Sodann sagt jener angefochtene Satz sachlich nichts Anderes, als was in den durchaus unverdächtigen Schlußworten: et videtur utilius esse nochmals gesagt wird[43b]), und zwar insofern besser gesagt wird, als es hier zugleich durch den Hinweis auf die Zweckmäßigkeit begründet ist. Sehr ansprechend erscheint demnach die auf die Inscription der Stelle gestützte Vermuthung van de Waters[44]), wonach statt quasi magis zu lesen ist: Quinto Mucio. Gemäß dieser Lesart hätte schon Q. Mucius Scaevola († 672 n. Ch.) bei einer ohne Wissen des Besitzers erfolgten Occupation eines solo animo besessenen Grundstücks[45]) die Fortdauer des bisherigen Besitzes angenommen[46]). Danach

43b) Klein a. a. O. S. 166 bezieht das videtur utilius esse auf die von ihm sogenannte Verzichtstheorie, das quod quasi magis probatur auf die sogen. Repulsionstheorie (s. unten N. 46 a. E.). M. E. ist es schon sprachlich nicht zulässig, das quod magis probatur auf die erste Alternative des Satzes zu beschränken; dies dürfte nur dann geschehen, wenn es hinter repellat stände. Demnach wird auch das quod videtur utilius beide Alternativen umfassen.

44) Schulting not. ad. Dig. ad h. t. n. 1 i. f. Gebilligt wird jene Vermuthung von Kniep, vacua possessio Bd. 1 S. 366 f. unter I.

45) Es würde übrigens auf Grund der van de Waterschen Vermuthung keineswegs geboten sein, jene dem Q. Mucius beigelegte Ansicht auch auf die Fälle einer in entschuldbarem gutem Glauben erfolgten Occupation eines solo animo besessenen Grundstücks zu erstrecken.

46) Da es laut der edictsmäßigen Fassung des Uti possidetis von jeher selbstverständlich war, daß der clandestinus possessor demjenigen unterlag, a quo clam possidebat, so ist

aber müßte er um so mehr bereits auch die gewaltsame Zurückweisung des bisherigen Besitzers als Dejection angesehen haben.

Diese, auf eine geistreiche Vermuthung gebaute, Annahme findet eine immerhin nicht ganz verächtliche Unter-

---

die Frage: utrum — potior sit illius corporalis possessio — nicht füglich auf den Erfolg dieses Interdicts zu beschränken, wie Rudorff zu v. Savigny, Recht des Besitzes, Num. 108 S. 677 meint; sie muß vielmehr bezogen werden auf die Fortdauer der rechtlichen Wirkungen des Besitzes überhaupt, namentlich der condicio usucapiendi. Bestätigt wird dies durch die Begründung der Ansicht des Pomponius; das et videtur utilius kann sich, wie Bruns a. a. O. S. 163 treffend bemerkt, „fast nur auf die Usucapion beziehen". A. M. Klein a. a. O. S. 163 N. 24: „Die Zweckmäßigkeit läßt sich nur vom Standpunkt der Gesammtheit behaupten und die Verzichtstheorie kam in der That dem Interesse des Verkehres und der Rechtsordnung an sicheren Besitzverhältnissen und an Congruenz von Sein und Schein entgegen, während die Theorie des repelli den im drohenden Besitzverluste gelegenen Ansporn zum reverti und damit zur Entscheidung über das Subject des Besitzes beseitigte. Auf einen Zuwachs an Rechtsmitteln oder einen anderen Vortheil für den früheren Besitzer kann das utilius nicht zielen." Um dies zu verstehen, muß man beachten, daß Klein für den Besitzverlust eines solo animo besessenen Grundstücks durch Occupation drei Theorien unterscheidet: die Ingressionstheorie, die Repulsionstheorie und die Verzichtstheorie. Gemäß der Repulsionstheorie nach seiner Auffassung dauert der Besitz so lange fort, bis der Versuch des bisherigen Besitzers, ihn thatsächlich auszuüben, vom Occupanten zurückgewiesen worden ist, gleichviel ob dieser Versuch alsbald nach der Kunde von der Occupation gemacht wird oder beliebig lange nachher. Nach der herrschenden Ansicht verliert der bisherige Besitzer infolge der Occupation seinen Besitz entweder animo, nämlich wenn er nicht sofort auf die Kunde von der Occupation ihn zu behaupten sucht, oder corpore, nämlich wenn er einen erfolglosen Versuch dazu macht.

ſtützung in einer bereits oben mitgetheilten Bemerkung[47]). Der urſprünglich ſtatt des ſpäter gebrauchten deicere übliche Ausdruck eicere mußte als ungeeignet verſchwinden, ſobald das Unde vi auch gegen jemanden gerichtet werden konnte, der den Inpetranten vi non admiserat. Schon zu Ciceros Zeit aber finden wir in der proponirten Formel des Interdictes nicht mehr das eicere[48]), ſondern nur das deicere. Es liegt nahe, dies darauf zurückzuführen, daß damals bereits das Interdict auch gegen den vi non admittens wirken ſollte.

Jedenfalls iſt dies ſpäter anerkanntes Recht[48a]).

Und zwar gilt dies jetzt nicht nur für den clandestinus possessor, ſondern nicht minder für denjenigen, der in völlig entſchuldbarem gutem Glauben ein solo animo beſeſſenes Grundſtück occupirt hat. Auch er alſo unterliegt dem Unde vi, ſobald er den Verſuch des bisherigen Beſitzers, ſeinen Beſitz zu behaupten, gewaltſam abweiſet. Inzwiſchen war nämlich die Anſicht des Pomponius zur allgemeinen Herrſchaft gelangt, nach welcher ungeachtet der ohne Wiſſen des Beſitzers erfolgten Occupation eines

47) S. oben Ziffer 1 zu N. 9 S. 7 f.

48) Cic. de lege agr. III, 3, 11 (oben S. 4) ſpricht nicht dagegen: hier iſt der Wortlaut älterer leges agrariae wiederholt, der ſich begreiflicherweiſe der ältern Faſſung anſchloß.

48a) Wahrſcheinlich hatte auch Celſus dieſe Anſicht getheilt; wenigſtens macht er den Beſitzverluſt an einem körperlichen Theile eines Grundſtücks infolge der heimlichen Occupation desſelben davon abhängig, ob der Beſitzer des Ganzen vorausſichtlich in der Lage iſt, den Occupanten zu vertreiben oder nicht. L. 18 §§. 3. 4 D. de a. p. 41, 2 (Celsus lib. 23. dig.): Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero. §. 4: Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem, quam intraverit, obtinet.

solo animo beſeſſenen Grundſtücks die rechtlichen Wirkungen des bisherigen Beſitzes auch für die Zukunft fortdauern[49]).

---

49) L. 44 §. 2 i. f. und l. 46 init. D. de a p. 41, 2: (Papinian. lib. 23. quaest.) — saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoret. L. 3 §. 7 eod.: (Paul. lib. 54. ad ed.) Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Bruns a. a. O. S. 138; Meiſcheider, Beſitz und Beſitzſchutz S. 327 ff. — In dieſem Sinne iſt auch die der Aeußerung Labeos in l. 6 §. 1 D. de a. p. 42, 2 cit. eingefügte Bemerkung Ulpians aufzufaſſen: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Wie wir in §. 1850 Ziffer 9 zu N. 14 zeigen werden, iſt es geradezu falſch, ſie zu verſtehen vom Erfolge des Uti possidetis gegen den Occupanten; daß Ulp. lib. 70. ad ed. ex professo von der Zuſtändigkeit dieſes Interdictes handelt, ändert daran nichts. A. M. Bruns a. a. O. S. 145; Pflüger, die ſogenannten Beſitzklagen S. 92 f.

Eine ganz andere Frage bleibt es, ob damit dem clam occupans die Beſitzſchutzklagen gegen Dritte abgeſprochen ſein ſollen: dieſe glaube ich allerdings mit Bruns a. a. O. S. 144 f. verneinen zu müſſen. Hiegegen darf man ſich nicht berufen auf die Unzuläſſigkeit einer possessio plurium in solidum: konnte doch unleugbar gleichzeitig mehreren das alte Utrubi in solidum zuſtehen, und iſt wenigſtens nach der richtigen Anſicht der violentus possessor, ſo lange er thatſächlich beſitzt, dem Uti possidetis deſſen ausgeſetzt, a quo iniuste possidet, während er ſelbſt dieſes Interdict gegen Dritte hat Uebrigens iſt, ſoviel ich ſehe, für den bisherigen Beſitzer, bevor er thatſächlich den ohne ſein Wiſſen occupirten Beſitz wieder erlangt hat, als Beſitzklage gegen einen Dritten nur das Unde vi anwendbar. Dieſes aber findet ſtatt, wenn der Letztere ihn an dem Wiederbetreten des Grundſtückes gewaltſam verhindert hat.

Gegen die Fortdauer des bisherigen Beſitzes gegenüber einer in gutem Glauben erfolgten Occupation führt Witte,

Zurückgewiesen wird der Besitzer zunächst, wenn er durch Gewalt unmittelbar an der Grenze des Grund-

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. 18 S. 262 ff., an l. 37 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Gai. lib. 2. inst. = Gai. II, 51 init.: Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit) und l. 38 eod. (Gai. lib. 2. rer. cottid. s. aur.: Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet etc. cf. Gai. II. 51 i. f.). Allein diese Stellen betreffen jene Frage gar nicht. Für l. 37 §. 1 cit. ergiebt sich dies von selbst, wenn man sie mit der herrschenden Ansicht von der Occupation eines bereits besitzlosen Grundstücks versteht. S. dagegen Klein, Sachbesitz S. 180 ff. Aber l. 37 §. 1 gehört auch dann nicht hierher, wenn man sie mit Klein auf die Erörterung beschränkt, ob derjenige ein sine vi occupirtes Grundstück ersitzen könne, der es im guten Glauben vom Occupanten erworben hat. Denn hierfür ist es ganz gleichgültig, ob der frühere Besitz schon infolge der Occupation verloren gegangen ist oder nicht; nur das ist nothwendige Voraussetzung, daß der Erwerber ex traditione seitens des Occupanten seinerseits juristischer Besitzer geworden ist. Diesem Erwerber gegenüber nehme ich allerdings mit Witte Untergang des frühern Besitzes auch dann an, wenn der Tradent das solo animo besessene Grundstück mala fide occupirt hatte. A. M. Bruns a. a. O. S. 160 ff., Meischeider a. a. O. Die Rücksicht auf den bisherigen Besitzer kann hier nicht entscheiden: das Recht des Besitzes ist eben ein überaus relatives, jene Ansicht würde es im gegebenen Falle zu einem geradezu absoluten machen. Verlor doch auch das classische Utrubi seine Wirkung gegenüber demjenigen, der eine bewegliche Sache vom iniustus possessor, selbst mala fide, empfangen, sobald er sie maiore parte huiusce anni besessen hatte, als der frühere iustus possessor.

ſtücks verhindert wird, dasſelbe zu betreten. Auf das Gleiche aber läuft es hinaus, wenn der Occupant ihn ſchon auf dem Wege zum Grundſtücke zurückhält, um ſeinerſeits deſſen Beſitz zu behaupten. Ja, als Dejection gilt es nicht minder, wenn der solo animo Beſitzende mit Gewalt an der Rückkehr zu dem Grundſtücke verhindert wird, bevor dasſelbe occupirt iſt, ſofern nämlich die Verhinderung in der Abſicht geſchieht, die Occupation zu ermöglichen, und letztere in der That erfolgt.

L. 1 §§. 24 sq. h. t.

Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam esse eum vi deiectum videri. ideirco si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere

---

Kniep a. a. O. S. 74—87 verſteht l. 46 cit. von der Tradition; dem ſteht m. E. der Ausdruck „ab alio occupatam“ entſcheidend entgegen. Denn obwohl es auch ein geſtattetes und rechtmäßiges occupare gibt, ſo bezeichnet doch occupare immer ein Ergreifen des Beſitzes kraft einſeitigen Willens des Erwerbers; es wird m. W. nirgends gebraucht, um die dem Traditionswillen des bisherigen Beſitzers entſprechende Beſitzergreifung zu bezeichnen. S. gegen Kniep auch Piniński, der Thatbeſtand des Sachbeſitzerwerbes Bd. 2 S. 34 ff. N. 1, und Klein a. a. O. S. 166 N. 27. — In l. 3 §. 7 cit. aber findet Kniep S. 114 ausgeſprochen, daß „jederlei Detention die Fortdauer des Willensbeſitzes nicht aufzuheben vermag“; das einfache „in fundo esse“ dürfe daher nicht als ein „animo possessoris esse“ aufgefaßt werden. M. E. ſchließt der Ausdruck „animo solo possidere“ mit logiſcher Nothwendigkeit ein gleichzeitiges „per alium possidere“ aus; unter dem in fundo Befindlichen, deſſen Anweſenheit Zweifel an der Fortdauer des solo animo geübten Beſitzes erregt, kann alſo nur jemand verſtanden werden, der den Beſitz nicht für den solo animo possidens ausüben will, ſondern für ſich ſelbſt oder für einen Dritten.

detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore. §. 25: Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa[49a]) didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est.

L. 3 §. 8 h. t.:

Si autem, cum dominus veniret in possessionem, armati eum prohibuerunt, qui invaserant possessionem, videri eum armis deiectum.

Paul. V, 6, 6:

Vi deiectus videtur — et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet.

Wie der solo animo possidens durch non admitti dejicirt wird, so der durch einen Detentor Besitzende, wenn dieser Detentor ihn oder den von ihm zur Uebernahme der Detention Ermächtigten ohne Rechtsgrund an deren Uebernahme gewaltsam verhindert.

L. 12 h. t.:

Marcellus lib. 9. dig. Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio deiectus est: quaerebatur, quis haberet interdictum Unde vi. dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur interdictum Unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori

---

49a) Das Scholion 38 ad Bas. LX, 17, 7 sagt zu *τὸ λεγόμενον*: *τὸ παρὰ τῷ πλήθει λεγόμενον κτλ.* — *ὑποδείγματος ἕνεκεν ἔλεγεν ὁ Πρόκουλος λέγεσθαι.* Mommsen will vor didici einschalten dici, das freilich beim Abschreiben leicht ausgefallen sein könnte. Dagegen Schirmer, Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung Bd. 8 S. 609 f.

obstrictum fore, quem deiecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset.

L. 18 pr. h. t.:

Papinian. lib. 26. quaest. Cum fundum qui locaverat vendidiset, iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit: de interdicto Unde vi quaesitum est. placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui[49b]) possessio esset ablata. quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum susceperit[49bb]).

Auch hinsichtlich des vi non admitti ist übrigens der unmittelbaren Anwendung körperlicher Gewalt die ernst-

---

49b) cuius *scr.* M.

49bb) Allerdings durfte in classischer Zeit der durch die Zurückweisung des Käufers seitens des Pächters dejicirte Verpächter den nunmehr besitzenden Pächter straflos dejiciren; und dies natürlich auch mittels eines Dritten ausführen, aber nur zu dem Zwecke, selbst den Besitz wiederzuerlangen, nicht zu dem Zwecke, den dejicirenden Dritten unmittelbar den Besitz erwerben zu lassen: in solcher Ermächtigung lag ein mandatum illicitum. So löst sich wohl das Bedenken, das v. Jhering, der Besitzwille S. 439 f., im Schlußsatze der l. 18 pr. findet.

haſte Drohung mit ſolcher gleichgeſtellt, ſofern ſie den Beſitzer verhindert, das Grundſtück wieder zu betreten.

Nur dann gilt das non admittere nicht als deicere, wenn es propter iustam et probabilem causam geſchieht[49c]). Dies iſt nach l. 12 cit. i. f. h. t. namentlich ſoweit der Fall, als der Inhaber des Grundſtückes ſich nur in der ihm vom Beſitzer eingeräumten Ausübung des ihm gegen dieſen contractlich zuſtehenden Anſpruchs auf uti frui oder uti ſchützt, alſo z. B. im Genuſſe eines noch laufenden Pacht-, Mieth-, Commodatsverhältniſſes. Um ſo mehr muß es gelten für die bloße Vertheidigung in der dem Beſitzer gegenüber iuste beſtehenden Ausübung eines dinglichen Rechtes auf den Gebrauch oder die Fruchtnutzung, wie des Nießbrauchs. Auch die Vertheidigung des bloßen Retentionsrechtes durch Abwehr des juriſtiſchen Beſitzers darf als ein vi eum deicere nicht angeſehen werden. Anders iſt es, wenn der Precariſt eines Grundſtücks den precario dans gewaltſam abweiſet: er hat dieſem gegenüber eben keinerlei Anſpruch auf das Behalten der Innehabung. Und ebenſo iſt es mit einem ſolchen Detentor, dem die Detention nicht zwecks eignen Vortheils eingeräumt worden iſt, der vielmehr lediglich ministerium alterius possessioni praebet, alſo mit dem bloßen Wächter, dem für das Grundſtück ohne ſelbſtändigen Wohnungs- oder Nutzungsanſpruch beſtellten Verwalter. — Indeſſen auch dann liegt noch keine Dejection vor, wenn der dem juriſtiſchen Beſitzer gegenüber zur Innehabung Berechtigte jenen vom Betreten des Grundſtücks mit Gewalt

[49c]) L. 12 cit. h. t. i. f. Vgl. l. 20 D. de a. p. 41, 2, wonach die verweigerte Rückgabe einer beweglichen Sache als ein possessione dominum intervertisse nicht gilt, wenn quaepiam iusta et rationabilis causa non reddendi vorliegt. S. auch Wendt, Fauſtrecht in v. Jherings Jahrb. Bd. 21 S. 108 f. und insbeſondere §. 9 S. 231 ff. v. Jhering, der Beſitzwille S. 434 ff.

zurückhält, indem er dabei die Grenzen seiner Innehabungsbefugniß überschreitet, sofern er nur immer das Besitzrecht des Andern anerkennt: er hat dann dessen Besitz zwar verletzt[49d]), nicht aber beseitigt.

Selbstverständlich kann auch durch non admitti nur jemand dejicirt werden, der bereits Besitzer des Grundstücks ist, an dessen Betreten er gehindert wird; die Verhinderung an der ersten Besitzergreifung ist keine Besitzentziehung.

L. 1 §. 26 h. t.:

Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim, qui amittit possessionem, non, qui non accipitur[50]).

Ebensowenig galt als dejicirt der ehemalige Besitzer, den der gegenwärtige verhindert, den verlorenen Besitz wieder zu ergreifen.

L. 4 §. 27 D. de usurp. 41, 3:

(*Paul.* lib. 54. ad ed.). Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse.

Die Bedeutung der vacua possessio ergiebt sich hier aus l. 4 cit. §. 22[50a]): es ist derjenige Besitz, aus dem der ehemalige Besitzer dejicirt worden ist, ohne daß der Dejicient ihn ergriffen hätte. Danach ist unter dem veniens dominus nicht sowohl der Eigenthümer zu verstehen, als eben der dejicirte ehemalige Besitzer[50b]).

Galt aber der Besitzer als dejicirt, sobald er gewaltsam an der Rückkehr zu seinem Besitzthum verhindert

---

49d) L. 3 §. 3 D. uti poss. 43, 17.

50) Es ist zu lesen: accipit.

50a) S. oben S. 36 f. Ganz irrig versteht Dernburg, Pand. Bd. 1 §. 220 N. 14, die vacua possessio vom Besitze eines Abwesenden.

50b) Kniep, vacua possessio S. 460.

wurde, so war es nur folgerichtig, nicht minder den Besitzer als dejicirt anzusehen, den ein in Occupationsabsicht Eindringender zwar körperlich auf dem von ihm besessenen Grundstücke belassen, jedoch der Freiheit der Bewegung durch Fesseln, Einsperren oder auch durch Drohung beraubt hatte, vorausgesetzt immer, daß nicht sein Besitz durch unbezwungene Besitzgehülfen fortgesetzt wurde. In beiden Fällen war ihm der Besitz dadurch entzogen, daß ihm die Möglichkeit körperlicher Verfügung über das Grundstück genommen war.

L. 1 §. 47 h. t.:

Quid dicturi essemus, tractat (sc. Vivianus), si aliquo possidente ego quoque[51]) ingressus sum in possessionem et non deiciam possessorem, sed vinctum opus facere cogam: quatenus res, inquit, esset? ego verius puto eum quoque deiectum videri, qui illic vinctus est.

Paul. V, 6, 6:

Vi deiectus videtur et qui in praedio vi retinetur etc. (s. oben S. 59).

Und hieraus erklärt sich füglich auch die Aufnahme der l. 11 in unsern Titel.

Pompon. lib. 6. ex Plautio.

Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit,[52]) uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversario non relinquit.

Der Eindringling handelt auf dem Grundstücke völlig so, als ob er dessen Herr sei: er besäet es, gräbt es um, bepflügt es, baut darauf und drgl.,[52a]) indem er zwar den

51) quoque del. M.

52) Die erste Lesart der Florentina ist possidevit; die Glosse las: possidebat, was m. E. allein richtig ist. Das Futurum hat schlechterdings keinen Sinn.

52a) Es kann nicht füglich bezweifelt werden, daß die Worte „sive

bisherigen Besitzer nicht hinausdrängt, ihn aber völlig beiseite schiebt und durch die Thatsache seines Vorgehens an jeder eigenen Verfügung verhindert, da dieser es nicht wagt, Widerstand zu leisten. Er ist dann offenbar nicht blos in seinem Besitze gestört, sondern des Besitzes geradezu beraubt, entsetzt, dejicirt.[53])

8. Solange noch in der römischen Praxis dahin entschieden werden konnte, daß die clam vorgenommene Occupation eines solo animo besessenen Grundstücks die rechtlichen Wirkungen des bisherigen Besitzes, namentlich auch seinen gerichtlichen Schutz gegen Dritte, völlig beseitige, mußte es von Erheblichkeit sein, ob der bisherige Besitzer gegen den Occupanten außer dem Uti possidetis[53a]) auch ein remedium recuperandae possessionis habe, d. h. einen Rechtsbehelf, welcher lediglich durch die beiden Thatsachen des frühern Besitzes und der heimlichen Entziehung desselben begründet war. Denn das Uti possidetis vermochte dem frühern Besitzer nur so lange Hülfe zu ge-

---

inserendo sive fodiendo" etc. zu „non sinit" gehören, nicht zu „uti arbitrio suo": sie bezeichnen eben das Handeln des Eindringlings, per quod liberam possessionem adversario non relinquit. S. unten §. 1850 Ziffer 13 zu N. 64.

53) So Bruns in Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 4 S 50 f. Nach der herrschenden Ansicht wäre die l. 11 cit. nur aus Versehen in unsern Titel gekommen; sie gehörte vielmehr in den Titel Uti possidetis. Donell., comment. de iure civili lib. XV. cap. 32 §. 8; v. Savigny a. a. O. §. 37 7. Aufl. S. 401f. N. 4: Schmidt, Interdiktenverfahren S. 50 Anm. 31; Lenel, palingen. vol. II. col. 82. n. 2 zu Nr. 351, der geneigt ist, die Stelle auf die s. g. vis ex conventu zu beziehen.

53a) Klein, Sachbesitz S. 213 zu N. 121, spricht, gestützt auf l. 11 Cod. unde vi 8, 4, auch auf dem Boden der von ihm s. g. Ingressionslehre (d. h. der ältern römischen Auffassung vgl. S. 163) dem bisherigen Besitzer das Uti possidetis ab, — für ihn selbstverständlich, da er S. 125 ff. die recuperatorische

währen, als der heimliche Occupant selbst den Besitz noch hatte.

Allerdings gab Sabinus, der bekanntlich ein furtum auch an Grundstücken annahm, [54]) wie gegen den Dejicienten,[55]) so ohne Zweifel ebenso gegen denjenigen, der ein fremdes Grundstück clam occupirt hatte, die condictio furtiva; und diese Klage war zulässig ohne Rücksicht darauf, ob der Occupant das vi oder clam occupirte Grundstück noch besaß. Allein sie hat nur für den Eigenthümer Er-

---

Wirkung des Interdicts leugnet. L. 11 Cod. cit. hat nach ihm S. 169 und 213 N. 121 die Ingressionstheorie wieder zur Geltung gebracht, indem sie zugleich den possessorischen Schutz dadurch verbesserte, daß sie dem bisherigen Besitzer das, in dessen Abwesenheit auch seinem Vertreter zuständige, Unde vi ertheilte, dessen Besonderheiten in Bezug auf die vis und dessen zeitliche Beschränkung sie zugleich beseitigte (vgl. unten §. 1850 Ziffer 5 N. 14).

54) Gell. N. A. XI, 18, 12 sq.: — Sabini librum, cui titulus est de furtis. §. 13: In quo id quoque scriptum est, quod volgi inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri, occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset. §. 7 J. de usuc. 2, 6: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri etc. L. 25 pr. D. de furt. 47,2: (Ulp. lib. 41. ad Sab.) Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse.

55) L. 25 cit. §. 1 D. de furt. 47, 2: Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit, qui deiecit. Labeo negat; sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest, re mobili surrepta — vbb. mit l. 2 D. de cond. trit. 13, 3: (Ulp. lib. 18. ad Sab.) Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

folg,[56]) mag immerhin die Berufung auf das Eigenthum nicht zu ihrer Begründung nöthig sein, vielmehr dessen Mangel als rechtshindernde Thatsache seitens des Beklagten geltend gemacht und erwiesen werden müssen.[57]) Auch die actio furti, welche hier gemäß der Ansicht des Sabinus ebenfalls statthaft sein müßte, war nicht geeignet in jedem Falle heimlicher Besitzentziehung dem bisherigen Besitzer Genugthuung zu verschaffen; sie setzte zwar nicht das Eigenthum voraus, wohl aber eine honesta causa des Interesse.

Nun legen zwei Stellen die Annahme sehr nahe, daß es ein interdictum de clandestina possessione gegeben habe; und dieses würde allerdings dem bezeichneten Bedürfnisse genügt haben. Jene Stellen sind

Cic. de lege agr. III, 3, 11 (s. oben S. 4) und L. 7. §. 5 D. comm. div. 10. 3:

Ulp. lib. 20. ad ed. ***Julianus*** scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi.[58]) et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.

Freilich wird sonst nirgends, insbesondere nicht in Justinians Compilation, eines interdictum de clandestina possessione Erwähnung gethan. Man sucht dies indessen aus der Thatsache zu erklären, daß, wie wir

56) L. 2 D. de cond. trit. 13, 3 cit. (vor. N.) Bruns a. a. O. S. 198 f.

57) So Ihering über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 63 unter 2a.

58) Vgl. über diesen Satz Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 521.

gesehen haben,[58a]) gegen Ende des zweiten Jahrhunderts n. Chr. Geb. die Ansicht zur ausschließlichen Herrschaft gelangt ist, wonach die Occupation eines solo animo besessenen Grundstücks den bisherigen Besitz nicht beseitigt, bevor der Besitzer von ihr Kunde erhalten hat. Daraus folgt, sagt v. Savigny,[58b]) daß clandestina possessio an Grundstücken nicht mehr möglich ist; folglich ist seitdem auch das Interdict, das sich ja blos auf Grundstücke bezog, unmöglich geworden.

Allein zunächst ist es irrig, daß eine clandestina possessio an Grundstücken schlechthin unmöglich sei. Sie findet vielmehr immer noch statt an solchen Grundstücken, deren Besitz nicht solo animo retinetur, sondern durch einen Detentor geübt wird;[58c]) sodann besitzt nach Paul. V, 6, 12,[58d]) derjenige, der den seinem Erblasser precario überlassenen Besitz festhält, nicht precario, sondern clam; und dies muß auch für Grundstücke gelten. In diesen Fällen fehlt also schon die thatsächliche Grundlage jener Schlußfolgerung. Aber auch da, wo sie vorhanden ist, d. h. bei Grundstücken, deren Besitz solo animo retinebatur, liegt ein Trugschluß vor. War, wie v. Savigny und seine Anhänger übereinstimmend annehmen, das von ihnen vermuthete Interdict recuperandae possessionis, so brauchte zu seinen Voraussetzungen weder das zu gehören, daß der clam occupans infolge seiner Occupation gegenüber dem bisherigen Besitzer als Besitzer galt, gerade so wenig, wie

58a) S. oben Ziffer 7 zu N. 49 S. 55f.

58b) Recht des Besitzes §. 41. 7. Aufl. S. 456 f.

58c) L. 44 §. 2 D. de a. p. 41, 2: (Papin. lib. 23. quaest.) — eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam (si *ins.* F²) alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus etc.

58d) Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere: nullae enim preces eius videntur adhibitae.

dies bei dem violentus possessor geschah, — noch auch, daß durch die clandestina occupatio als solche die Rechtswirkungen des bisherigen Besitzes für die Zukunft beseitigt waren. Es konnte vielmehr durchaus die Thatsache genügen, daß der Impetrat das im Augenblicke seiner Occupation vom Impetranten solo animo besessene Grundstück clam occupirt hatte, ganz ohne Rücksicht darauf, was später aus dem Besitze geworden sein mochte. Entscheidend für diese Frage hätte m. E. lediglich die edictsmäßige Fassung des vermutheten Interdicts und deren Auslegung sein können.

Ganz gewiß hat jene Fassung nicht gelautet: Quod (Quem fundum) tu ab illo clam possides.[59a]) Denn damit wäre der gegenwärtige Besitz des clandestinus possessor zur Voraussetzung des Interdictes gemacht, demselben also gerade für den Fall die Anwendung abgeschnitten gewesen, für den es am allermeisten Bedürfniß war, nämlich für den Fall, daß der clam occupans den Besitz verloren hatte; es hätte neben dem Uti possidetis nur den Vorzug des gefahrlosern Proceßganges geboten.[59b]) Deswegen jedoch stellte der Prätor schwerlich ein neues Interdict auf.

Was dagegen hindert uns, jene Fassung etwa so zu denken:

Quod (Quem fundum) tu ab illo clam occupasti etc?

Aber selbst wenn sie gelautet hätte:

Quod tu ab illo clam possedisti (von possido, possidĕre),

würde es mit der veränderten Anschauung über den Besitzerwerb des Occupanten und den Besitzverlust des bis-

---

59a) So vermuthet Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 323.

59b) Dies freilich schon zur Zeit, ehe für restitutorische Interdicte die formula arbitraria aufgestellt worden war, insofern das interdictum de clandestina possessione ein interdictum simplex gewesen sein müßte, bei dem der Unterliegende höchstens die summa sponsionis oder restipulationis als Proceßbuße riskirte.

herigen Besitzers recht wohl vereinbar gewesen sein, dem possidēre eben die ausschließliche Bedeutung der thatsächlichen Inbesitznahme beizulegen, wie sie dem occupare völlig ungezwungen zukommt.[60]) Spricht doch Pomponius, der die maßgebende Ansicht verficht, ganz unbefangen von einer corporalis possessio des clam ingressus.[61]) Uebrigens dürfte es füglich nicht zu bestreiten sein, daß Dritten gegenüber der clam occupans in der That als juristischer Besitzer geschützt wird.[62])

Also: davon kann nicht wohl die Rede sein, daß ein überhaupt vorhandenes, noch in Julians Edictsredaction aufgenommenes, interdictum de clandestina possessione aus dem Grunde unmöglich geworden wäre, weil später allgemein angenommen wurde, die sämmtlichen Rechtswirkungen des bisherigen Besitzes an einem solo animo besessenen Grundstücke beständen ungeachtet dessen heimlicher Occupation solange fort, bis dessen Besitzer von letzterer Kunde bekommen habe. Lediglich darum kann

---

60) Vgl. l. 46. D. de a. p. 41, 2: quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoret (Papin.); l. 3 §. 8 eod.: Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam (Paul.).

61) L. 25 §. 2 D. eod. (s. oben S. 52), ferner l. 6 pr. eod. (oben S. 50 N. 40). Vgl. auch die in der folgenden Note mitgetheilten Stellen von Venulejus und Ulpian.

62) L. 53 eod. (Venuleius lib. 5. interd.) Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet. L. 1 §. 9. D. uti poss. 43, 17: (Ulp. lib. 69. ad ed.) Quod ait praetor in interdicto: „nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis“, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere: has enim possessiones non proficere palam est. l. 2 eod. Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 142 ff. unter 2. H. Witte in Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. 18 S. 256 ff.

es sich handeln, ob auch jetzt noch ein solches Interdict von praktischer Bedeutung geblieben sein würde.[62a])

Freilich, ein unbedingtes Bedürfniß war ein besonderes interdictum de clandestina possessione auch des bezeichneten Falles wegen jetzt nicht mehr; denn im Gegensatze zu Sabinus, dessen, gerade für diesen Fall wichtige, condictio furtiva nur dem Eigenthümer der res clam possessa zustand, hatte Celsus auch eine condictio possessionis zur Geltung gebracht.[63]) Allein ein etwa mit dieser condictio concurrirendes Interdict hätte den doch immerhin nicht ganz unerheblichen Vortheil des Interdictenverfahrens geboten. Es würde mithin schwerlich so spurlos verschwunden sein, wenn es überhaupt jemals, und vollends noch in Julians Edictsredaction bestanden hätte. Erfreuen sich doch noch bei Justinian die actiones extraordinariae ex causa interdicti als solche einer gewissen Beschleunigung[64]).

Wir gelangen demnach zu dem Schlusse: es hat niemals ein recuperatorisches interdictum de clandestina possessione gegeben.[65])

In der That lassen sich die beiden Stellen, welche die äußere Stütze für die Annahme eines solchen Interdictes bilden, recht wohl ohne solche Annahme verstehen: das Interdict, welches nach Cicero de leg. agr. III., 3, 11, wie nach Julian in l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3 gegen den clandestinus possessor stattfindet, ist das Uti possidetis. Mit feinem Blicke macht Witte[66]) darauf

62a) In der That stellen Windscheid, Lehrbuch Bd. 1 §. 160 N. 2 und Karlowa a. a. O. S. 322 auf das Bedürfniß ab.

63) L. 25 §. 2 D. de furt. 47, 2; l. 2 D. de cond. trit. 13, 3 (s. oben N. 55 S. 65).

64) Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 457ff.

65) Baron, die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht S. 97 ff. H. Witte, das Interdictum Uti possidetis S. 45, S. 72 f.

66) A. a. O. S. 73. Ebenso, wie es scheint, unabhängig war

aufmerksam, daß die Ausdrucksweise Julians die clandestina possessio in Gegensatz zu den beiden anderen Arten der vitiosa possessio zu stellen scheine, indem er ihre Besprechung derjenigen der beiden anderen mit „sed“ anreihe, während doch eine solche Entgegenstellung kaum am Platze gewesen sein würde, wenn es zur Rückgabe des clam entzogenen Besitzes ebenfalls ein interdictum recuperandae possessionis gegeben hätte. Kniep[66a]) erweitert jene Bemerkung Wittes treffend noch dahin, daß Julian bei der Erwähnung des Interdictes, welches de clandestina possessione competit, das „et“ ausläßt, womit er die Erwähnung des interdictum de precario derjenigen des Unde vi anreiht. Und Pflüger[66b]) bemerkt ferner, daß ein edictsmäßiges interdictum de clandestina possessione, der Reihenfolge des vi clam precario entsprechend, ohne Zweifel nicht nur im Edicte, sondern auch in der von Ulpian in l. 7 §. 5 cit. angezogenen Darstellung Julians an zweiter Stelle, hinter dem interdictum Unde vi, gestanden haben würde. Sicherlich aber wäre Julian nicht von dem Vorwurfe einer zwecklosen Breite freizusprechen, wenn er ohne besondern Grund alle drei Fälle der iniusta possessio nach einander

---

Witte Kniep, vacua possessio S. 471; zustimmend Pflüger, die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts S. 357 f.

66a) A. a. O. S. 471. Ueber Kneips Meinung S. 472, der Schluß von l. 7 §. 5 cit. sei nach l. 11 Cod. unde vi 8, 4 interpolirt, und Julian habe statt des dort ihm in den Mund Gelegten gesagt: nam de clandestina possessione non quidem competere interdictum inquit, sed et eum, qui clam dicatur possidere (es müßte m. E. heißen: qui clam possidet) ab adversario impune deici. —, eine Meinung, der Pflüger a. a. O. S. 363 wenigstens in der Annahme einer Interpolation zustimmt, s. unten den Text nach N. 67.

66b) A. a. O. S. 357f.

gleich umständlich vorgeführt hätte. Von einem derartigen Vorwurfe darf jedoch keine Rede sein, sobald wir davon ausgehen, daß in allen drei Fällen verschiedenartige Klagen stattfinden, insofern die violenta possessio mit einer Delictsklage angefochten wird, die precaria possessio mit einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung, die clandestina possessio mit der dinglichen Klage zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes.[67]) Ulpian aber durfte in seinem Berichte der Ansicht Julians dessen Bemerkung hinsichtlich der clandestina possessio ungeachtet der Thatsache ruhig stehen lassen, daß zu seiner Zeit das Uti possidetis wegen der clandestina occupatio eines solo animo besessenen Grundstücks nicht mehr statthaft war. Denn jedenfalls war es immer noch statthaft wegen der clandestina occupatio eines durch einen Detentor besessenen Grundstücks.[67a]) Und die Compilatoren

67) Zu weit geht Baron a. a. O. S. 98 f., wenn er in l. 25 §. 2 D. de a. p. 41, 2 (s. oben S. 52) ein Zeugniß gegen das interdictum de clandestina possessione erblickt, insofern die Worte: ut potior sit illius corporalis possessio nimmermehr hätten gesagt werden können, wenn es jenes Interdict gegeben hätte. Denn die hervorgehobenen Worte beschränken sich nicht auf den Erfolg eines Besitzschutzmittels, sondern gehen auf die Fortdauer der rechtlichen Wirkungen des gegenwärtigen Besitzes überhaupt. S. oben Ziffer 7 N. 46 S. 53f. Völlig grundlos wirft Baron a. a. O. S. 98 N. 1 dem Pomponius vor, er übersehe, daß das Uti possidetis den bisherigen Besitzer gegen den Occupanten schütze.

67a) Dagegen halte ich es nicht für zulässig, jene Bemerkung Julians in Ulpians Munde dadurch zu halten, daß man unter dem interdictum de clandestina possessione competens das Utrubi verstehe. Freilich beschränkt sich Julians Ausspruch in l. 7 §. 5 cit. nicht ausdrücklich auf Grundstücke, und das interdictum de precario bezieht sich ja auch auf bewegliche Sachen. Allein die denegatio der actio communi dividundo gegenüber der Provocation eines clan-

hatten im Hinblick auf l. 11 Cod. unde vi 8, 4 vollends keinen Anlaß, jene Bemerkung zu ſtreichen, während es allerdings m. E. wenig wahrſcheinlich iſt, daß ſie dieſelbe wegen dieſer Conſtitution ſo beiläufig an einer Stelle hinzugefügt haben ſollten, wo niemand Belehrung über Juſtinians Neuerung geſucht haben würde.

Umgekehrt entnimmt Kniep[67b]) gegen das Daſein eines eignen interdictum de clandestina possessione zu Ciceros Zeit einen in der That nicht ganz unerheblichen Beweisgrund aus Cic. pro Caec. 12, 35:

Quum ita dicis et ita constituis: „Si Caecina, quum in fundo esset, inde deiectus esset, tum per hoc interdictum (sc. Unde vi) eum restitui oportuisse: nunc vero deiectum nullo modo esse inde, ubi non fuerit; hoc interdicto nihil nos adsecutos esse“, quaero, si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati non modo limine tectoque aedium tuarum, sed primo aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis. Monet amicus meus te L. Calpurnius, ut idem dicas, quod ipse antea dixit, „iniuriarum.“ Quid ad causam possessionis? quid ad restituendum eum, quem oportet restitui? quid denique? ad ius civile aut ad actoris notionem et ad animadversionem[67c]) ages iniuriarum?

---

destinus possessor einer res mobilis würde Julian doch ohne Zweifel nicht ſowohl mit dem Hinweiſe auf das Utrubi gerechtfertigt haben, als mit dem Hinweiſe auf die condictio furtiva.

67b) A. a. O. S. 375.

67c) Ueber die äußerſt beſtreitbare Lesart dieſer Stelle ſ. Keller, semestr. p. 46 sqq. n. 131—134. Sollte vielleicht ſtatt notionem zu ſetzen ſein: ultionem? Der Sinn iſt offenbar dieſer: „Kannſt du die Injurienklage anſtellen zum Schutze eines Privat-(Vermögens-)Rechtes (ad ius civile), oder dient dieſelbe nicht vielmehr zur Ahndung des Klägers und zur Strafe (des Gegners)“?

Plus etiam tibi ego largiar: non solum egeris, verum etiam condemnaris licet: num quid magis possidebis? actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur, sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat.

Cicero sowohl wie Calpurnius gehen übereinstimmend davon aus, daß derjenige, welcher an dem Eintritte in sein Haus durch Bewaffnete verhindert werde, den Besitz des Hauses verloren habe. Leugnete jedoch Calpurnius vi deiectum eum esse, so konnte er nur annehmen, daß der Gegner, der das Eindringen der Bewaffneten in das Haus veranlaßt hatte, dieses Haus clam besitze. Dann würde er die Frage: quid acturus es? völlig befriedigend haben beantworten können, wenn es in der That ein interdictum de clandestina possessione gegeben hätte; Ciceros Einwürfe gegen die Zweckmäßigkeit der von Calpurnius in Vorschlag gebrachten Injurienklage wären jenem Interdicte gegenüber gegenstandslos gewesen.

Endlich sei noch bemerkt, daß die oben[68]) besprochene Ansicht Labeos in l. 6 §. 1 D. de a. p. 41, 2 von seinem Standpuncte aus eine praktische Bedeutung und damit einigermaßen ihre Erklärung erst dann erhält, wenn es ein interdictum de clandestina possessione nicht gab. Andernfalls wäre sie bei der wesentlichen Gleichartigkeit dieses Interdicts mit dem Unde vi[69]) auf den inhaltsleeren Wechsel im Namen der Klage hinausge-

---

68) S. oben Ziffer 7 S. 52.

69) Gemäß unsern Ausführungen S. 20ff. haftete der Eigenthümer grundsätzlich ebensowenig mit dem gewöhnlichen Unde vi, wie er bei heimlicher Occupation als clandestinus possessor galt. L. 40 §. 3 D. de a. p. 41, 2 (s. unten Ziffer 11 nach N. 12). Das interdictum de vi armata freilich war auch gegen ihn statthaft.

laufen, so daß es unbegreiflich erscheinen müßte, wie zu ihr gerade Labeo gelangt sein könnte, der ja den frühern Besitz schon mit der clandestina occupatio des Gegners als beseitigt ansah. Wollte er aber beim Nichtvorhandensein eines interdictum de clandestina possessione den frühern Besitzer thunlichst auch für den Fall geschützt sehen, wenn der Occupant selbst nicht mehr Besitzer sein sollte, so mochte er immerhin die Activlegitimation des erstern zum Unde vi in dem Umstande erblicken, daß er, solange der Gegner thatsächlich besaß, diesem gegenüber im Uti possidetis obsiegte.

9. Wie wir gesehen haben[70]), nannte die ältere Fassung des Unde vi aufseiten des Impetraten nicht nur diesen selbst, sondern neben ihm seine familia und seinen procurator, gebrauchte jedoch für alle zusammen nur das einzige und zwar auf die angeredete Person des Impetraten abgestellte Prädicat: deiecisti.

Ganz gewiß erklärt sich dieses einheitliche Prädicat, das sprachlich auf die Subjecte familia aut procurator schlecht paßt, zur Zeit Ciceros nicht aus der Ungelenkheit der Sprache. Es hat vielmehr seine überaus praktische Bedeutung: die Dejection durch die familia oder durch den procurator des Impetraten sollte gerade so behandelt werden, als ob er selbst sie vorgenommen hätte, m. a. W. er sollte für sie unbedingt haften. War also die Dejection durch Sklaven ohne Geheiß des Herrn begangen, so hatte der Herr hiernach nicht die Befugniß, sich durch noxae datio der Thäter von der eignen Haftung zu befreien.[71]) Und nicht minder mußte auch derjenige dem Interdicte nachkommen, der die von einem Dritten

70) Ziffer 1 S. 6 unter 1 und 2.

71) Dies hat Huschke, analecta litteraria p. 142 zu Cic. pro Tullio 12, 29 ad. v. *unde*, nicht beachtet. Richtig Keller, semestria p. 309 sq. n. 29.

ausgeführte Dejection weder veranlaßt noch genehmigt hatte, ſofern nur dieſer Dritte entweder in Beziehung auf eine ihm ertheilte, allgemeine oder beſchränkte, Vollmacht des Impetraten oder als deſſen thatſächlicher Geſchäftsführer gehandelt hatte: nach der von der römiſchen Praxis gebilligten Auslegung wurde beim Unde vi der Ausdruck procurator in dieſem weiten Sinne verſtanden.

Allerdings bekundet Cicero dieſe ſtrenge Haftung ausdrücklich nur für das interdictum de vi armata.[72]) Da ſie jedoch lediglich von der Auslegung der Worte: aut familia aut procurator tuus abhängt, dieſelben ſich aber zu Ciceros Zeit auch im interdictum de vi non armata fanden, ſo muß ſeine Bemerkung ebenſo für unſer Interdict gelten.

Cic. pro Caec. 20, 56 sqq.:

Quid ergo? isti homines (sc. praetores et homines prudentes) Latine non loquuntur? Immo vero tantum loquuntur, quantum est satis ad intelligendam voluntatem: quum sibi hoc proposuerint, ut sive me tu deieceris sive tuorum quispiam sive servorum sive amicorum, ut servos non numero distinguant, sed appellent uno familiae nomine: 57: de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur: non quo omnes sint aut appellentur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerant, sed in hac re, cognita sententia interdicti, verba subtiliter exquiri omnia noluerunt. Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus: non alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius, qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est, alieni iuris vicarius, an tuus colonus

72) Pro Caec. 19, 55 v.: hoc ipsum interdictum, de quo agitur, consideremus.

aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis, qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit. 58: Qua re si ad eum restituendum, qui vi deiectus est, eandem vim habet aequitatis ratio, ea intellecta certe nihil ad rem pertinet, quae verborum vis sit ac nominum. Tam restitues, si tuus me libertus deiecerit, nulli tuo praepositus negotio, quam si procurator deiecerit: non quo omnes sint procuratores, qui aliquid nostri negotii gerunt, sed quod in hac re quaeri nihil attinet. Tam restitues, si unus servulus, quam si familia fecerit universa: non quo idem sit servulus unus quod familia, verum quia non quibus verbis quidque dicatur quaeritur, sed quae res agatur. Etiam si, ut longius a verba recedamus, ab aequitate ne tantulum quidem, si tuus servus nullus fuerit et omnes alieni ac mercenarii, tamen et ipsi tuae familiae genere et nomine continebuntur.

Es iſt begreiflich, daß ein Prätor unter Umſtänden die unbedingte Haftung des Impetraten für ſeine familia und ſeinen procurator allzu hart fand. Nämlich dann, wenn der Impetrat die von jenen ausgeführte Dejection weder veranlaßt hatte, noch auch infolge derſelben ihm etwas zugekommen war. Sofern daher der Impetrant nicht etwa das Letztere behauptete, denegirte ihm der Prätor die gewöhnliche Formel des Interdicts, ertheilte ihm ſtatt deren jedoch eine andere, deren Wirkung ausdrücklich davon abhängig gemacht wurde, daß die Dejection dolo malo des Impetraten vorgenommen worden ſei, alſo auf deſſen Anordnung oder Geheiß, oder wenigſtens mit deſſen Vorwiſſen.[73])

73) So Keller a. a. O. S. 328. Umgekehrt findet v. Savigny, Recht des Beſitzes §. 40, 7. Aufl. S. 429, den Grund für die Ertheilung der zweiten Formel darin, daß ſie der Chicane mancher Beklagten begegnen ſollte, welche gegenüber der regelmäßigen Faſſung des Interdicts (unde tu — deiecisti)

Auch von dieſer Formel ſind wir durch Cicero unterrichtet.

Cic. pro Tullio 12, 29sq.:

Videtis praetores per hos annos intercedere hoc interdicto velut inter me et M. Claudium: Unde de dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est, caetera ex formula. Sicubi ita interdictum est et sponsio facta, ego me ad iudicem si defendam, vi me deiecisse confitear, dolo malo negam, ecquis me audiat? Non opinor

---

behaupteten, die Dejection ſei nicht von ihnen ſelbſt, ſondern von Anderen (obgleich auf ihren Auftrag) geſchehen. Die erwähnte Vorſicht ſei überflüſſig geworden, ſeitdem man das urſprüngliche deiecisti ſo interpretirt habe, daß auch das deiici fecisti mit darin enthalten geweſen. Allein laut Cic. l. c. 19, 44 erwähnte gerade die urſprüngliche Faſſung des Interdicts den Procurator ausdrücklich; dies aber konnte nicht wohl zu einem andern Zwecke geſchehen, als um den Principal unbedingt für die von jenem vorgenommene Dejection haftbar zu machen; und ſo bewirkte, wie wir alsbald ſehen werden, jene erweiterte Auslegung des deicere umgekehrt, daß dieſe Erwähnung als überflüſſig unterblieb. L. 1 §. 12 h. t. Etwas anders als v. Savigny meint Rein, neue Jenaiſche Literatur-Zeitung 4. Jahrg. 1845 Nr. 157 S. 628 und das Privatrecht und der Civilprozeß der Römer S. 954 f. N. 4, der Impetrant habe mit der gewöhnlichen Formel nicht durchbringen können, wenn der Impetrat weder ſelbſt noch durch einen Procurator oder Sklaven Gewalt verübt hatte, wohl aber durch Andere, die er als intellectueller Urheber dazu bewogen. Aber ſollten dieſe Anderen nicht eben auch als ſeine Procuratoren ihn haftbar gemacht haben? — Huſchke, anal. litt. p. 142 sq. ad Cic. pro Tull. 12, 29 v. *Unde*, hält die hier mitgetheilte Formel für älter, als die andre. Dies widerlegt ſich ſchon durch Cic. l. c. 19, 44 init. (ſ. oben S. 4f.); auch ſpricht dagegen, daß, wie Huſchke ſelbſt richtig erkennt, die Haftung aus ihr weit weniger ſtreng iſt, als aus jener andern.

quidem. Quia, si vi deieci M. Claudium, dolo malo deieci: in vi enim dolus malus inest, et Claudio utrumvis satis est planum facere vel se a me ipso vi deiectum esse vel me consilium inisse, ut vi deiiceretur. §. 30: Plus igitur valet Claudii causa, si interdicitur, unde dolo malo vi deiectus sit, quam si daretur, unde a me vi deiectus esset. Nam in hoc posteriori nisi ipse egomet deiecissem, vincerem sponsionem: in illo priore, ubi dolus malus additur, sive consilium inissem, ut vi deiiceretur, sive ipse deiecissem, necesse erat de dolo malo meo vi deiectum iudicari.

Später jedoch erkannte man, daß kein Vertretungsverhältniß die Vollmacht gewährt, auf Rechnung des Principals Delicte zu begehen.[73a]) Folglich kann niemand wegen der von einem Dritten verübten Dejection auf Grund eines zwischen diesem und ihm bestehenden Vertretungsverhältnisses in Anspruch genommen werden. Wer zur Dejection aufgefordert hat, haftet allerdings, jedoch nicht deshalb, weil der Thäter sein Stellvertreter gewesen wäre, sondern deshalb, weil er als Anstifter sich selbst der Dejection schuldig gemacht hat. Ohne solche Anstiftung wird der Thäter allein haftbar: er hat hier, ungeachtet jenes Vertretungsverhältnisses, gar nicht als Vertreter gehandelt, sondern durchaus auf eigne Hand, als falsus procurator. Im Falle der Anstiftung aber haftet der Thäter, sofern er nicht etwa dem Anstifter zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet war, electiv und solidarisch neben diesem: er mußte die Widerrechtlichkeit der ihm angesonnenen Handlung kennen, hat also, indem er sie beging, obwohl er sie infolge der Aufforderung des Anstifters, in diesem Sinn als dessen verus procurator, beging, sich selbst eines Delictes schuldig gemacht.

73a) S. auch l. 18 pr. i. f. h. t.: mandatum illicitum (oben S. 60).

L. 1 §. 12 h. t.:

Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiceretur: parvi enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an vero per alium: quare et si familia mea ex voluntate mea deiecerit, ego videor deiecisse.

Daraus die lex geminata 152 §. 2 D. de R. J. 50,17: Ulp. lib. 69. ad ed.

Deicit et qui mandat.

L. 1 §. 13 h. t.:

Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alterum[74]) eximi,

74) So hat der ordentliche Corrector der Florentina (F^2) deren ursprüngliche Lesart (F^1) „alteri“ verbessert. Bestätigt wird diese Correctur durch Basil. LX, 17, 7 (Anonymus) (*ὁ διδοὺς τὴν τῆς δίκης διατίμησιν ἐλευθεροῖ τὸν ἄλλον*) und das Scholion 19 (Dorotheus) dazu (*ἑνὸς δὲ ἡμῶν ἐναχθέντος ὁ ἄλλος ἀπαλλάττεται, ἐὰν ὁ ἐναχθεὶς καταβάλῃ τῆς δίκης τὴν διατίμησιν*). Mommsen nimmt Anstoß an den Worten nomen und eximi; ersteres, sagt er, bezeichne ebenso wenig die Verurtheilung im Civilproceß, als letzteres das Freiwerden von einer Schuld durch Erfüllung seitens eines Dritten. Indessen gebrauchen die Quellen den Ausdruck eximi obligatione capitis deminutione (l. 19 D. de duob. reis 45, 2), propter exceptionem (l. 8 Cod. ad Sc. Vellean. 4, 29): warum also nicht auch eximi actione, was in unsrer Stelle aus dem vorhergehenden agi posse wohl am natürlichsten zu ergänzen wäre? Für „nomine“ wird allerdings ein anderes Wort einzusetzen sein; und da scheint mir immer noch Ribbentrops Vorschlag (zur Lehre von den Correalobligationen S. 94 N. 6), „conventione“ zu lesen, der geeignetste. Mommsen verzweifelt an der Herstellung des Textes und ergänzt dem Sinne nach: et alterius nomine *lite aestimata item eam, quae inferri poterat eodem nomine* alteri perimi. Ueber den Sinn dessen, was Sabinus gesagt hat, ist glücklicherweise kein Zweifel.

sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita (non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit): cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est.

Das Gleiche gilt auch für das interdictum de vi armata.

L. 3 §§. 10—12 h. t.:

Ulp. lib. 69. ad ed. Cum procurator armatus venit, et ipse dominus armis deiecisse videtur, sive mandavit, sive, ut *Julianus* ait, ratum habuit. §. 11: Hoc et in familia dicendum est: nam cum familia sine me armata venit, ego non videor venisse, sed familia, nisi iussi vel ratum habui. §. 12 init.: Hoc interdictum (sc. de vi armata) etiam adversus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur etc.

Infolge dieſer veränderten Auffaſſung von der Haftung des Principals für einen Dritten, der zu ihm in irgend einem Vertretungsverhältniſſe ſteht, mußten die Worte „vel procuratur tuus“ aus der Formel beider Interdicte geſtrichen werden;[75]) ſie wären nicht nur überflüſſig geweſen, ſondern irreführend.

Gemäß der Lehre des Sabinus und des Caſſius wurde, wie bei anderen Delicten, deren Ausführung durch einen Dritten möglich iſt, auch hinſichtlich der zum Vortheile eines Andern vollzogenen Dejection die nachfolgende Genehmigung der Anſtiftung gleichbehandelt.

L. 1 §. 14 h. t.:

Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisse inter-

75) Vgl. oben Ziffer 1 S. 6 unter 2.

dictoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur (etiam *ins.* M.) in maleficio ratihabitionem mandato comparari.[67])

L. 3 §. 10 i. f. cit. §. 11 i. f. cit. h. t. (ſ. oben S. 81).

Außerdem tritt eine Haftung für die von einem unſerer Gewalt nicht unterworfenen Dritten ohne Anſtiftung und Genehmigung unſerſeits zu unſern gunſten verübte Dejection dann und ſoweit ein, wenn und ſoweit dadurch etwas auf Koſten des Dejicirten unmittelbar an uns gelangt iſt (pervenit).

Bei einer handlungs- und disposſitionsfähigen Perſon indeſſen wird dieſer Fall nicht oft vorkommen. Ein in der angegebenen Weiſe haftbar machendes pervenire infolge der von einem Dritten verübten Dejection iſt nämlich nicht wohl anders denkbar, als ſo, daß der Impetrat ganz oder theilweis den Beſitz des Grundſtücks erlangt hat, woraus der Impetrat dejicirt worden iſt, oder den Beſitz von Mobilien, die letzterm gelegentlich der Dejection abhanden gekommen ſind. Denn der Umſtand, der unter den bezeichneten Verhältniſſen die Haftbarkeit des Impetraten zu begründen vermag, liegt einzig und allein darin, daß er die rechtliche Möglichkeit hat, die durch die Dejection dem Impetranten entzogenen Sachen zu reſtituiren, und eben dieſe Möglichkeit iſt außerhalb eines Gewaltverhältniſſes des Impetraten über den Dejicienten nicht wohl ohne Beſitz jener Sachen denkbar. Nun jedoch kann eine handlungs- und disposſitionsfähige Perſon durch die Handlung eines ihr nicht

76) Die Compilatoren haben aus dem Schlußſatze die allgemeine Regel gebildet: In maleficio ratihabitio mandato comparatur. L. 152 §. 2 D. de R. I. 50, 17 (Ulp. lib. 69. ad ed.).

gewaltunterthänigen Dritten ohne ihren eignen Willen den Besitz überhaupt nicht erwerben. Weiß sie aber, daß die Sache, um deren Besitz es sich handelt, durch Dejection des frühern Besitzers in die Hände jenes Dritten gelangt ist, — und diese Kenntniß wird selten fehlen! — so genehmigt sie kraft der Erklärung, sie wolle den Besitz dieser Sache haben, nothwendig zugleich die Dejection; und dann haftet sie nicht sowohl wegen ihrer Bereicherung, als vielmehr deshalb, weil sie selbst nunmehr als Dejicient gilt.

In der That bekundet keine Quellenstelle, daß eine handlungs- und dispositionsfähige Person wegen der von einem ihr nicht gewaltunterthänigen Dritten verübten Dejection mit dem Unde vi deshalb hafte, weil daraus etwas an sie gekommen sei.

Anders verhält sich dies zunächst hinsichtlich handlungsunfähiger Personen, also der infantes, furiosi, juristischen Personen. Sie können nur dann überhaupt Besitz erwerben, wenn ihre Vormünder oder sonstigen nothwendigen Vertreter für sie den Besitzwillen erklären. Allerdings erstreckt sich die Vollmacht auch dieser Vertreter auf Delicte nicht; allein der Besitzerwerb als solcher ist kein Delict, selbst wenn er ex iniusta causa und vitio geschieht. Nehmen also die nothwendigen Vertreter handlungsunfähiger Personen zugunsten der letzteren eine Dejection vor, oder veranlassen oder genehmigen sie eine zu deren gunsten von Dritten verübte Dejection, so erwerben die handlungsunfähigen Personen den infolge der Dejection körperlich für sie ergriffenen Besitz. Und soweit sie Besitzer sind, haften sie selbst mit dem Unde vi.

L. 4 h. t.:

Ulp. lib. 69. ad ed. Si vi me deiecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit.

Handlungsfähige, ſodann, welche dispoſitionsunfähig ſind, können zwar den Beſitzwillen ſelbſt erklären, indeſſen auch durch ihre Vormünder darin vertreten werden.[76a]) Und wo unter den angegebenen Umſtänden eine ſolche Vertretung ſtattgefunden hat, da muß das Gleiche gelten, was ſoeben hinſichtlich der Handlungsunfähigen geſagt iſt. Dagegen wird ein Handlungsfähiger ungeachtet ſeiner Dispoſitionsunfähigkeit unbedingt aus dem Unde vi verpflichtet, wenn er die zu ſeinen Gunſten von einem Dritten ausgeführte Dejection angeſtiftet oder genehmigt hat, — vorausgeſetzt nur, daß er im Augenblicke der entſcheidenden Willenserklärung doli capax geweſen iſt.

Um die Haftung auf das pervenire geltend zu machen, war die edictsmäßige Faſſung des Unde vi offenſichtlich ganz ungeeignet: wer lediglich haftet, quia ad eum pervenit, hat nicht dejicirt; hätte man ihn jedoch als Dejicienten behandelt, ſo würde ſich jene beſchränkte Haftung nicht ergeben haben. Wir werden demnach kaum fehlgehen, wenn wir ungeachtet des Schweigens der Quellen für dieſen Fall[76b]) ein interdictum utile annehmen, deſſen Faſſung den wirklichen Dejicienten erwähnte, dem Impetraten aber die Reſtitution deſſen anbefahl, quod ad eum pervenit.

Die Abſtellung der Formel auf „quod pervenit" dürfte mit annähernder Gewißheit daraus hervorgehen, daß ſämmtliche Stellen, welche von der Haftung wegen Bereicherung reden, eben dieſen Ausdruck anwenden.[77])

Uebrigens wird nicht zu bezweifeln ſein, daß das

76a) L. 13 §. 1 D. de a. r. d. 41, 1; l. 1 §. 20 D. de a. p. 41, 2.

76b) Ueber l. 1 §. 20 D. h. t. ſ. unten Ziffer 10 vor N. 97.

77) L. 4 cit. h. t. (ſ. oben S. 83) L. 1 §. 15 (ſ. unten S. 89) §. 19 (ſ. unten S. 90).

pervenit hier als perfectum praesens auf den Augenblick des interdictum redditum zu beziehen ist und nicht, wie bei den reipersecutorischen actiones utiles, die aus Delicten des Erblassers gegen den Erben ertheilt wurden, ohne Rücksicht auf die Fortdauer einer Bereicherung wegen eines semel pervenisse haftbar machte.[78]) — Die Berücksichtigung der Zeit des interdictum redditum bei der Frage nach Dasein und Umfang einer Verpflichtung aus dem Interdicte verträgt sich natürlich sehr wohl damit, daß ein unverschuldeter Verlust der facultas restituendi den Impetraten hinterher befreit.[79])

---

78) L. 127 D. de R. I. 50, 17; l. 17. l. 19, l. 20 D. quod met. 4, 2; l. 26 und l. 28 D. de dolo m. 4, 3. Unnöthige Schwierigkeit hat hier verursacht l. 20 D. quod met. 4, 2: (Ulp. lib. 11. ad ed.) Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse. idem et si ipsius, qui vim intulit, sic in corpus patrimonii pervenit aliquid, ut certum sit ad heredem perventurum, id est si debitor liberatus est. Man darf die Worte: „litis contestatae tempore spectabitur“ nicht für gleichbedeutend nehmen mit: „litis contestatae tempus spectandum.“ Ulpian will sagen: Der Betrag der Bereicherung wird noch rechtzeitig ermittelt werden, nachdem die lis bereits conteſtirt worden ist; m. a. W. der Kläger braucht jenen Betrag nicht schon vorher zu ermitteln; er erhebt mit vollem Rechte Klage, wenn es nur feststeht, daß infolge des Delictes überhaupt einmal etwas an den Erben des Delinquenten gekommen ist. Ganz verfehlt ist es, wenn Cujaz, Comment. ad tit. D. Quod metus causa ad. l. *Videamus* (17), den Ausdruck der l. 17 cit. „si heres — consumpserit“ pressend, die Lösung darin sucht, daß der Erbe haftbar bleibe, wenn er, sei es auch im besten Glauben, durch eigene Handlung die Bereicherung vor der litis contestatio verloren habe, dagegen befreit werde, sofern ihr Verlust auf andre Weise erfolgt sei.

79) Das Nähere s. unten Ziffer 13 zu N. 35[a].

Wohl zu beachten bleibt übrigens, daß die Haftung wegen eines pervenire nur da stattfindet, wo dieses pervenire unmittelbar aus dem Vermögen des Dejicirten in das Vermögen des Impetraten erfolgt ist. Wer dagegen den Besitz einer dem Dejicirten abgenommenen Sache erst erwirbt, nachdem der Dejicient oder ein Dritter den Besitz jener Sache erworben hatte, der haftet dem Unde vi selbst dann nicht, wenn er im Augenblicke seines Besitzerwerbes den Sachverhalt kannte.

L. 7 h. t.

Paul. lib. 24. ad ed. Cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri.

L. 3 §. 10 D. uti poss. 43, 17:

Ulp. lib. 69. ad ed. Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam.

10. Anders hat sich die ursprünglich, wie wir gesehen haben, ebenfalls unbedingte Haftung des Gewalthabers für die von seiner familia verübte Dejection entwickelt.

Hatte der Gewalthaber die Dejection anbefohlen oder doch geschehen lassen, wo er sie hätte verhindern können[79a]), so haftet er als Dejicient.

L. 1 §. 12 cit. i. f. h. t. (s. oben S. 80).

Das Gleiche gilt, wenn er die Dejection hinterher genehmigt hat.

L. 3 §. 12 i. f. cit. h. t. (s. oben S. 81.)

Hat er endlich die Dejection weder vorher noch nachher gutgeheißen, so haftet er wie in gleichem Falle jeder Andre wegen dessen, quod ad eum pervenit.

Soweit solches pervenire durch Besitzerwerb geschieht, gilt für den Gewalthaber das Nämliche, was wir hin-

79a) L. 4 pr. D. de nox. act. 9, 4.

sichtlich des pervenire außerhalb eines Gewaltverhältnisses bereits bemerkt haben.[80]) Allerdings kann eine handlungs- und dispositionsfähige Person durch einen ihr Gewaltunterthänigen auch ohne ihren Willen Besitz erwerben, — allein nur ex peculiari causa. Und der Erwerb aus Delict fällt nicht unter diese causa.[81]) Der Gewalthaber erwirbt also den Besitz, den der Gewaltunterthänige durch Dejection thatsächlich erlangt hat, nur dann, wenn er erklärt, ihn haben zu wollen. Kennt er dabei den Hergang, so liegt in jener Erklärung die Genehmigung der Dejection, und infolge derselben haftet er, quasi ipse deiecisset.

Indessen ist, wenn ich nicht irre, zum pervenire an den Gewalthaber keineswegs Besitzerwerb erforderlich. Sofern darunter eben nur die rechtliche Möglichkeit der Restitution verstanden wird, ist das pervenire an ihn schon damit gegeben, daß die dem Dejicirten entzogenen Sachen sich in der thatsächlichen Verfügung seiner Gewaltunterthänigen befinden: kraft seiner Gewalt kann er diese zu deren Rückgabe zwingen.

Für die beiden ersten der drei bisher besprochenen Fälle einer von der familia ausgeführten Dejection hätte es mithin einer Erwähnung der familia in der edicts-

80) S. oben Ziffer 9 S. 82 f.

81) L. 24 D. de a. p. 41, 2: (Javolenus lib. 14. epist.) Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.

mäßigen Interdictsformel ebenso wenig bedurft, als für den dritten in der wegen eines pervenire sonst ertheilten Formel eines interdictum utile.

Nothwendig dagegen blieb ihre Erwähnung für den Fall, wo die Dejection weder mit dem Willen des Gewalthabers geschehen, noch von ihm hinterher genehmigt worden, noch auch infolge derselben etwas an ihn gelangt war.

Indessen fand man es nunmehr unbillig, ihn hier über die noxae datio der schuldigen Mitglieder der familia hinaus in Anspruch zu nehmen. Wollte man jedoch in diesem Falle seine Haftung hierauf beschränken, so konnte man füglich nicht mehr, wie es in der alten Fassung des Unde vi geschehen war, für ihn selbst und für seine familia das gemeinsame Prädicat deiecisti gebrauchen: denn sonst hätte er auch hier persönlich als Dejicient gegolten. So fügte man also der beibehaltenen Erwähnung der familia für letztere das besondere Prädicat: deiecit bei.[82])

L. 1. §. 11 h. t.:

Ait praetor: „deiecisti aut familia (tua *ins.* Haloander) deiecit.“ merito familiae mentio habita: nam cum „deiecisti“ verbum refertur ad personam eius, qui deiecit, nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit (nec enim ego videor deiecisse, si familia mea deiecerit), consequens fuit addere „aut familia tua deiecit.“

82) S. oben Ziffer 1 S. 6 unter 1. — Insofern beruhte die noxale Natur des Unde vi nicht, wie Lenel, ed. perp. S. 374 zu N. 71 meint, ausschließlich auf der, vermöge des officium iudicis durchgesetzten, Interpretation. — Ein offenbares Versehen war es, wenn Dernburg, Pandekten Bd. 2 §. 38 N. 4. l. 1 §. 11 h. t. als einen Beleg dafür beibringt, daß die Magistrate den Hausherrn für gewisse Delicte der familia direct und persönlich haften ließen; es ist dies in Auflage 4 Bd. 3 S. XII berichtigt.

L. 1 §. 15 h. t.:

Quod igitur additur „aut familia tua deiecit", merito scriptum est in eum casum, in quem familia mea vi deiecit. [ceterum si iussit, ipse deiecit *del.* M.] nec gravari debet dominus [qui non iussit *del.* M.], si servorum suorum factum praestaret, et si non iussu eius deiecerunt: [nam non gravabitur hoc nomine *del.* M.], quippe cum aut pervenit ad eum aliquid et restitueret,[83]) aut non pervenit et ipsos servos maleficii causa noxae dedendo indemnis erit: quod enim noxae dedere compellitur, in damno non[84]) debet reputare, cum servus hoc possit domini deteriorem condicionem facere.

Es iſt nun ſehr begreiflich, daß man dieſe Formel, wie es ſcheint,[84a]) ohne Abänderung auch dann anwandte, wenn an den Gewalthaber infolge einer ohne ſeinen Willen und ſeine Genehmigung von ſeiner familia verübten Dejection etwas gelangt war: hier brauchte man kein interdictum utile. Der wegen ſolcher Dejection mit dem edictsmäßigen Interdicte belangte Gewalthaber hatte officio iudicis neben der noxae datio der ſchuldigen Familienangehörigen das herauszugeben, was an ihn gekommen war.

Erklärt der Gewalthaber, er wolle die Vertheidigung der familia nicht übernehmen, ſo kann der Dejicirte wie bei anderen Noxalklagen vom Prätor die Ermächtigung erwirken, die ſchuldigen Sklaven ſich anzueignen (ducere); durch ſolche Aneignung erwirbt er das in bonis an ihnen.[85]) Allein nicht ſtets kommt der Herr damit ab.

83) restituet *scr.* Haloander.

84) So nach den Baſiliken LX, 17, 7 ad. h. l.: ἀζήμιος μένω, und Scholion 25 dazu: οὐ πιστεύεται αὐτῷ ἐπιζήμιον εἶναι; die Florentina hat das non nicht.

84a) Ueber l. 1. §. 20 f. unten S. 94.

85) L. 6 D. de Publ. in rem 6, 2. l. 2 §. 1 D. si ex nox. c. 2, 9.

Wie er ungeachtet der noxae datio dem Dejicirten herausgeben muß, was infolge der Dejection in seinen Besitz oder doch in die körperliche Innehabung der Sklaven gekommen ist, so hat er dies natürlich auch dann zu thun, wenn er, statt die Sklaven zu vertheidigen, es vorzieht sie ohne weiteres dem Dejicirten preiszugeben. Thut er das nicht, so bleibt nunmehr das Unde vi dieser Leistung halber gegen ihn begründet.[86])

L. 1 §. 19 h. t.:

Si quis tamen neget se servum vel familiam defendere[87]), cogendus est pati hoc interdictum, ad hoc scilicet, ut quod ad eum pervenit restituat.

Zur familia in dem hier maßgebenden Sinne gehören zunächst die eigenen Sklaven des Impetraten.

L. 1 §. 16. h. t.:

Familiae autem appellatio servos continet.

---

86) Ein ähnliches Verhältniß kann vorkommen beim Quod vi aut clam noxale. Auch hier genügt es nicht, daß der Herr den schuldigen Sklaven noxae giebt; er hat hinsichtlich des opus vi aut clam factum obendrein patientiam destruendi zu gewähren. Thut er letzteres nicht und beseitigt auch nicht etwa selbst das opus, so wird er ungeachtet der noxae datio dem Impetraten auf das volle Interesse an der Wiederherstellung des frühern Zustandes verurtheilt, wie wenn er selbst diesen geändert hätte. L. 5 D. de interd. 43, 1: (Paul. lib. 13. ad. Sabin.) Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur, veluti cum vi deiecerunt aut vi aut clam opus fecerunt. Sed officio iudicis continetur, ut dominum sua inpensa opus restituentem absolvat: patientiam tollendo operi praestantem noxae dedere iubeat et (si dedat *ins.* M.) absolvat; si non dedat, quantum impensae in tollendo opere erogatum sit, tanti condemnet: si neque patientiam praestet neque ipse tollat, cum possit, in tantum condemnet, in quantum iudex aestimaverit, atque si ipse fecisset.

87) Si quis neget — defendere, tamen *scr.* M.

Und zwar gilt es als Dejection durch die familia auch, wenn sich nur ein einziger Sklave daran betheiligt hat.

L. 1 §. 17. h. t.:

Sed quaeritur, quem numerum servorum contineat, utrum plurium, an vero et duum vel trium. sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi deiecerit, familiam videri deiecisse.

Diese Auffassung scheint, so wenig sie dem Worte familia entspricht, bereits zu Ciceros Zeit anerkannt zu sein[88]).

Nach der westgothischen Ueberlieferung hätte gleichwohl noch Paulus für den Begriff der familia zwei Sklaven erfordert.

Paul. V, 6, 3:

Non tantum si ipse dominus possessione deiciat[89]),

---

88) Pro Caec. 19, 55—20, 58. — Intelligetis enim in eo ipso (sc. interdicto Unde vi), si in verbis ius constituamus, omnem utilitatem nos huius interdicti, dum versuti et callidi velimus esse, amissuros. Unde tu aut familia aut procurator tuus. Si me villicus tuus solus deiecisset, non familia deiecisset, ut opinor, sed aliquis de familia. Recte igitur diceres te restituisse? Quippe. Quid enim facilius est, quam probari iis, qui Latine sciant, in uno servulo familiae nomen non valere? Si vero ne habeas quidem servum praeter eum, qui me deiecerit, clames videlicet: Si habeo familiam, a familia mea fateor te esse deiectum. Neque enim dubium est, quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intelligamus quae constet ex servis pluribus, quin unus homo familia non sit. Verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit. § 56: At vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem et pro nihilo putet. c. 20 f. oben § 76.

89) Das handschriftlich überlieferte deiciatur ist offenbar sinnlos; Cujaz liest deiciat; Schmidt, das Interdiktenverfahren

utile interdictum est, sed etiam si familia. familiae autem nomine etiam duo servi continentur.

Vielleicht aber ist eine weitere Bemerkung ausgefallen, wonach schon Ein Sklave genügt. Jedenfalls ist dies als die endgültig gebilligte Meinung anzusehen.

Weiter werden zur familia auch Menschen gerechnet, welche dem Impetraten thatsächlich als Sklaven dienen.

L. 1 §. 18. h. t.:

Familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est.

Indessen ist dies zu beschränken auf fremde Sklaven, die der Impetrat in gutem oder in schlechtem Glauben pro suo (nicht etwa als Pfandgläubiger oder Precarist)[90] besitzt. Da nämlich, wie wir gesehen haben, die Haftung des der Dejection persönlich nicht schuldigen und nicht bereicherten Impetraten für seine familia gerade damit gerechtfertigt wird, daß er die delinquirenden Angehörigen der familia noxae zu geben vermöge[91], so kann die familia nur solche Menschen umfassen, an denen dem Impetraten die Befugniß der noxae datio zusteht. Das aber sind, von seinen freien Gewaltunterthänigen abgesehen, nur seine eigenen und die von ihm besessenen fremden Sklaven[92]. nicht auch gemiethete Sklaven, noch weniger freie Menschen, die er nur als seine Sklaven hält, oder gar gedungene freie Arbeiter[92a].

Schwebt ein Proceß über die Freiheit des angeblichen Herrn der familia, welche ohne dessen Wissen eine Dejec-

---

der Römer S. 170 f., vermuthet, es habe ursprünglich gestanden deiciat v. v. (= unde vi) utile interdictum.

90) L. 22 §. 1 D. de nox. act. 9, 4.

91) L. 1 §. 15 h. t. cit. (s. oben S. 89).

92) L. 11, l. 13, l. 27, § 1, l. 28 D. de nox. act. 9, 4.

92a) Anders zu Ciceros Zeit, als der dominus noch unbedingt, d. h. ohne die Befugniß der noxae datio, für die familia einstand. pro Caec. 20, 58 (s. oben S. 77).

tion ausgeführt hat, so kann selbst dann, wenn jener Proceß eine petitio ex servitute in libertatem ist, ordinato iudicio das Unde vi gegen ihn ertheilt werden; allein das agere ex interdicto muß hier wie im entgegengesetzten Falle einer petitio ex libertate in servitutem bis zur Entscheidung des Freiheitsprocesses ausgesetzt werden[93]). Ergeht diese Entscheidung zugunsten der Freiheit, so hat nunmehr der Impetrat herauszugeben, was infolge der Dejection an ihn gekommen ist.

L. 1 §. 21 h. t.:

Si adversus eum, qui in libertatem ex servitute vel contra petitur, post inchoatum liberale iudicium utar interdicto, et liber iudicatus fuerit, et apparuerit ignorante eo a servis eius vi me deiectum, in possessionem restituar.

Im classischen Rechte wurden zur familia im Sinne des Unde vi ohne Zweifel auch die in mancipio befindlichen Personen, jedenfalls aber die Hauskinder gezählt.

L. 195 §. 3 i. f. D. de V. S. 50, 16:

Ulp. lib. 46. ad ed. — interdicto Unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. sed et filii continentur.

Da die Noxalklagen aus Delicten von Hauskindern weggefallen waren[94]), so haben begreiflicherweise die Compilatoren in allen anderen Stellen die Erwähnung der Hauskinder als Angehöriger der familia im Sinne des Unde vi getilgt. Doch ist nach Schmidts scharfsinniger Bemerkung[95]) eine Spur davon wohl noch in l. 1 §. 19 cit. h. t.[96]) zu finden, wo gemäß der kurz

93) Vgl. l. 24 §§. 3 sq. D. de lib. c. 40, 12.
94) §. 7 I. de nox. act. 4, 8.
95) Interdiktenverf. S. 175f. N. 7.
96) S. oben S. 90.

vorher in § 17 gegebenen Erklärung, unter familia werde hier auch ein einzelner Sklave verstanden, das „servum vel familiam“ schlecht zusammenpaßt: vermuthlich hat Ulpian geschrieben „servum vel filium familias“; die Compilatoren haben dies ungeschickt geändert.

Wird also bei Justinian der Gewalthaber wegen des Hauskindes nicht mehr mit dem Unde vi noxale belangt, so haftet er natürlich immer noch wegen dessen, was infolge der vom Kinde verübten Dejection an ihn gelangt ist.

L. 16. h. t.:

Ulp. lib. 69. ad ed. In interdicto Unde vi dicendum est, ut eius causa, quod ad patrem pervenit, ipse teneatur.

Anderseits konnte schon im classischen Rechte ein delictsfähiges Hauskind wegen einer von ihm begangenen Dejection noch während der väterlichen Gewalt mit dem Unde vi belangt werden. Hieraus ergiebt sich die Erklärung von l. 1 §. 20 h. t.

Si filius familias vel mercennarius vi deiecerit, utile interdictum competit.

Wie schon die Glosse bemerkt, läßt sich das utile interdictum zweifach auffassen: einmal als das von der edictsmäßigen Fassung abweichende Interdict gegen den Gewalthaber oder gegen den Geschäftsherrn wegen dessen, was aus der von ihnen weder veranlaßten noch genehmigten Dejection durch den Hausſohn oder den Taglöhner an sie gelangt ist[97]); — sodann als das edictsmäßige Interdict

97) Wenn freilich die Glosse diese Auffassung damit begründet, quia de familia sunt, und sich dafür auf l. 1 cit. §. 18 (s. oben S. 92) beruft (ich lese statt ut infra proxima, wie die Ausgabe des Digestum novum Lugduni ap. Hug. a Porta et Ant. Vincentium 1557 giebt, ut supra proxima), so ist das irrig. Denn als servorum loco kommen hier,

gegen den Dejicienten selbst, welches gegen einen Haussohn wie gegen einen freien Taglöhner rechtswirksam sofort ertheilt werden kann[98]), nicht jedoch gegen einen dejicirenden Sklaven, solange er dies bleibt.

Indessen muß die erste Auffassung in die Stelle als unerläßliche Voraussetzung ihres utile interdictum nicht nur ein pervenire ad patrem vel dominum hineintragen, sondern außerdem noch annehmen, daß die Dejection ohne Willen und ohne Genehmigung des Impetraten erfolgt sei, während die Stelle selbst so wenig zum Einen wie zum Andern eine Handhabe bietet. Und obendrein bleibt es mindestens sehr zweifelhaft, ob das Unde vi gegen den Gewalthaber wegen eines pervenire infolge der von seinem Haussohne ausgeführten Dejection eine von der edictsmäßigen abweichende Fassung erhielt, in diesem Sinne utile war[99]). — So dürfte die zweite Auffassung den Vorzug um so mehr verdienen, als auch der Zusammenhang auf sie hinweist. Der vorhergehende §. 19 redet nämlich von dem Falle, wo der Impetrat die Vertretung des dejicirenden Gewaltunterthänigen ablehnt. Hier bleibt dem Dejicirten, abgesehen von dem Unde vi gegen den Gewalthaber in id, quod ad eum pervenit, Sklaven gegenüber nur die ductio; einen Haussohn da-

---

wie wir S. 92 gesehen haben, nur fremde Sklaven in Betracht, die der Impetrat pro suo besitzt; außerdem aber erhielt das Unde vi wegen eines pervenire infolge der von der familia verübten Dejection schwerlich eine besondere Fassung (s. oben S. 89).

98) Allerdings ist das Urtheil gegen einen Haussohn während der Gewalt nicht vollstreckbar: es bildet aber etwa seit M. Aurel die Grundlage für eine actio iudicati de peculio gegen den Gewalthaber. L. 3 §. 11 D. de pec. 15, 1 (Ulpian unter Berufung auf Marcellus).

99) S. oben S. 89.

gegen kann er ebenso wie einen freien Taglöhner wirksam mit dem Interdicte belangen[100]).

Infolge dieses Entwicklungsganges der Haftung für die von Dritten ausgeführte Dejection kam die von Cicero pro Tull. 12, 29 erwähnte Formel außer Gebrauch. Wenn sie überhaupt jemals proponirt war, so ist sie jedenfalls in das julianische Edict nicht übergegangen. Eine Erinnerung an sie scheint jedoch in l. 3 §. 12 h. t. (oben S. 81) vorzuliegen.

11. Das interdictum de vi non armata hatte zwei ständige exceptiones: die exceptio vitiosae possessionis und die exceptio annalis.

Die erstere hat Justinian beseitigt[1]); die Compilatoren hatten demnach keinen Anlaß, ihre edictsmäßige Fassung mitzutheilen. So kommt es, daß diese uns nicht ganz vollständig überliefert worden ist. Bei Cic. pro Tull. 19, 44[2]) lautet sie im Anschlusse an die bereits besprochenen[3]) Worte „cum ille possideret“:

quod nec vi nec clam nec precario possideret.

Nun wissen wir jedoch, daß der iniuste possidens gegenüber jedem Andern, als demjenigen, a quo iniuste possidebat, mit unserm Interdicte wirksam geschützt wurde[4]); und umgekehrt weisen mehrere Stellen dar-

---

100) L. 33—35 D. de nox. act. 9, 4.

1) §. 6 J. de interd. 4, 15: Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum Unde vi, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet ab eo, qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possidebat.

2) S. oben S. 4 f.

3) Ziffer 3 S. 16 ff.

4) L. 1 §. 30, l. 12 und l. 18 pr. h. t. S. oben S. 33 und S. 59 f.

auf hin, daß unſre exceptio von einem iniuste possidere ab adversario ſprach, ſo geradezu

Lex agr. a. u. 643 v. 18:

quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possesione vi eiec[*erit*] etc.;

Gai. IV, 154 i. f.[5])

— eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio —,

und

Paul. V, 6, 7:

Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur;

und argumento e contrario

§. 6. J. de interd. 4, 15 (oben S. 96 N. 1).

ſowie

Gai. IV, 155:

Interdum tamen etsi vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possederit etc.

Hiernach hat die vollſtändige Faſſung gelautet:

quod nec vi nec clam nec precario a te possideret.

Die Compilatoren haben begreiflicherweiſe die Erörterung dieſer Worte aus den Edictscommentaren grundſätzlich nicht aufgenommen, abgeſehen von ſolchen Bemerkungen, welche auch zur Erläuterung der poſitiven Vorausſetzungen des Interdictes, nämlich des possidere und des vi deiectum esse, dienen können[6]).

Wir haben bereits geſehen, daß grundſätzlich der deſicirende Eigenthümer mit dem interdictum de vi non armata nicht haftete[6a]): er galt nicht als vi deiciens.

5) Im Anfange dieſer Stelle hat die Veroneſer Handſchrift die entſcheidenden Worte „ab eo“ nicht. S. oben S. 6.

6) L. 1 §§. 28—30 h. t. In dieſem Sinne haben wir von jenen Stellen bereits benutzt l. 1 §. 28 init. oben Ziffer 6 S. 48, §. 29 daſ. S. 40 und §. 30 Ziffer 5 S. 33.

6a) S. oben Ziffer 4 S. 20ff.

Wurde er vom bisherigen Besitzer wiederum dejicirt, so stand folgeweis seinem eignen Unde vi die exceptio violentae possessionis nicht entgegen. Auch bei der Verhandlung über die Wirksamkeit dieser exceptio konnte mithin die Frage nach dem Eigenthume des Impetranten in den Besitzproceß hineingezogen werden.

Was im übrigen vi ab adversario possidere bedeute, ergiebt sich ohne weiteres aus dem Begriffe des deicere: auf solche Weise besitzt ein Grundstück, wer dessen Besitz mittels der Dejection des Gegners erlangt hat. Die von uns in Ziffer 6 und 7 besprochenen Erweiterungen dieses Begriffes mußten sich daher von selbst auf die Auffassung dieses Gliedes unsrer exceptio übertragen.

Der Besitzer dagegen, der mit Gewalt seine eigne Besitzentsetzung abgewehrt hat, besitzt vom Gegner nicht vi: dieser hat durch jene Abwehr seinerseits gar nicht den Besitz verloren.

L. 1 §. 27:

Vim vi repellere licere *Cassius* scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo[7]) arma armis repellere licere.

---

7) Das Scholion Basil. LX, 17, 7 nr. 41 bestätigt diese Lesart; *δείκνυται δὲ ἐκ τούτου, ὅτι καὶ ὅπλα ὅπλοις ἀπωθεῖν ἡμῖν ἔξεστιν.* Gleichwohl meint Mommsen, es fehle hier ein Satz etwa folgenden Inhalts: quod in interdicto de vi armata receptum est. Dagegen vertheidigt mit Recht Kniep, vacua possessio S. 373 f., die Lesart der Florentina, obgleich er in dem Basilikenscholion ungeachtet des *καὶ* eine Stütze für Mommsens Vermuthung erblickt. Diese Vermuthung, welche den allgemeinen Satz: vim vi repellere licet aus dem besondern Satze herleitet: arma armis repellere licet, verträgt sich nicht mit der Begründung des erstern aus dem ius natura comparatum.

L. 1 §. 28 i. f. h. t.[8]):

— sed qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait non vi possidere.

Als vim vi repellere wird es auch noch angesehen, wenn der Dejicirte in unmittelbarer Fortsetzung des Kampfes nach der Dejection den Dejicienten wiederum dejicirt. Wird er dann abermals vertrieben, so steht ihm das Unde vi wirksam zu.

L. 17 h. t.:

Julian. lib. 48. dig. Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu reciperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intellegendus est: ideoque si te[9]) deiecero, ilico tu me, deinde ego te, Unde vi interdictum tibi utile erit.

Selbstverständlich ist bei jedem vim vi repellere die Schranke der Nothwehr einzuhalten.

L. 1 Cod. h. t. 8, 4:

Diocl. et *Maxim.* Theodoro a. 290. Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

Dieser Satz, der ohne Zweifel nicht erst von Diocletian aufgestellt worden ist, gewährt zugleich Antwort auf die Frage, ob es dem iuste ab adversario possidens erlaubt sei, dessen unbewaffneten Angriff mit Waffen abzuwehren: es kommt eben darauf an, ob im gegebenen Falle eine Abwehr ohne Waffen gegen jenen Angriff Aussicht auf Erfolg geboten haben würde.[9a]) Umgekehrt

8) Der Anfang steht S. 48.

9) vi *ins.* F 2.

9a) Vgl. Kniep, vacua possessio S. 434 zu N. 1. — Hiermit erledigen sich wohl auch die Zweifel Kellers, semestr. p. 335 n. 20. In der That würde auch der Unbewaffnete, der vom Besitzer mit Waffen zurückgewiesen war, gar keinen privatrechtlichen Rechtsbehelf gehabt haben, diesen dafür verantwortlich zu machen. Vgl. Kniep a. a. O. S. 434.

dagegen erſcheint nach ihm die bewaffnete Abwehr eines bewaffneten Angriffs, natürlich immer innerhalb der Schranke der Nothwehr, von vornherein als erlaubt.

L. 3 §. 9 h. t.:

Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo,[9b]) dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti[9c]).

Da nach unſerer Anſicht im claſſiſchen Rechte der Eigenthümer ſich durch eine unbewaffnete Dejection dem

9b) Die Worte: sed hoc — ex intervallo ſind zweifellos Interpolation, oder vielmehr ein irrig in den Text gerathenes Gloſſem. Sie ſind ſelbſt dadurch nicht zu halten, daß man ſie auf den Fall der heimlichen Occupation eines solo animo beſeſſenen Grundſtücks bezieht, in welchem es noch als Abwehr gilt, wenn der bisherige Beſitzer den Eindringling alsbald vertreibt, nachdem er Kunde von der Occupation erhalten hat. Denn für dieſen Fall ergiebt ſich die in jenen Worten ausgedrückte zeitliche Beſchränkung aus dem Begriffe des repellere von ſelbſt; in jedem andern Falle dagegen iſt ſie völlig ſinnlos. Kniep a. a. O. S. 372 und S. 432 f.

9c) Die dem ilico der l. 17 h. t. cit. genau entſprechenden Worte: „ex continenti“ darf man nur dann für ſpätern Zuſatz halten, wenn man, wie Kniep a. a. O. S. 372 nnd S. 433 f. annimmt, daß noch in ſpätclaſſiſcher Zeit der vi armata deiectus kraft der exceptio: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris ſeinen Dejicienten auch ex intervallo ſtraflos mit Waffen wiederum habe vertreiben dürfen. M. E. iſt dies ſachlich ebenſo irrig, wie unvereinbar mit der Faſſung der l. 3 §. 9 cit., die eben nur den Begriff des repellere erläutert. S. unten §. 1848a Ziffer 4 zu N. 6 ff. Dagegen bin auch ich geneigt, die ebenſo unnöthigen, als ungefügen Worte: „non ex intervallo, sed“ für einen Zuſatz anzuſehen, der, in überängſtlicher Rückſicht auf l. 7 Cod. h. t. vielleicht lange vor Juſtinian beigefügt und von den Compilatoren nur übernommen worden iſt.

interdictum de vi non armata nicht aussetzte, so dürfen wir die Frage nicht umgehen, ob auch seinem Dejectionsversuche gegenüber eine gewaltsame Abwehr erlaubt gewesen sei, oder ob m. a. W. solche Abwehr den Besitzer, der sie mit Erfolg angewandt hatte, umgekehrt dem Interdicte des abgewiesenen Eigenthümers unterworfen habe.

In der That behauptet Kniep[9d]), der Eigenthümer habe sich des interdictum de vi armata bedienen können, wenn er durch Waffengewalt an der ohne Waffen von ihm versuchten ersten Ergreifung des Besitzes gehindert worden sei; jenes Interdict sei hier also adipiscendae possessionis gewesen. Wir werden in anderm Zusammenhange darzulegen suchen, daß der Beweis dieser Behauptung nicht zu erbringen ist.[9e]) Hier mag es genügen, darauf hinzuweisen, daß jedenfalls das interdictum de vi non armata dem ohne Waffengewalt an der Besitzergreifung verhinderten Eigenthümer nichts helfen konnte, weil es eben Besitz des Impetranten im Augenblicke der Dejection voraussetzte. So wenig also nach unsrer Ansicht der Eigenthümer seinerseits ein Delict beging, wenn er sich den Besitz seines Grundstücks zwar gewaltsam, jedoch ohne Waffen, nahm, so wenig lag in seiner gewaltsamen Zurückweisung ein Delict des Besitzers. Letzteres erkennt auch Kniep an, sofern jene Zurückweisung ohne Waffen geschah. Allein es ist nicht ersichtlich, wieso sie zum Delicte blos aus dem Grunde hätte erwachsen können, weil sie mit Waffen erfolgt war, obgleich sie sich in der Schranke der Nothwehr gehalten hatte.

Nachdem der Satz zur Anerkennung gelangt war, daß heimliche Occupation den bisher bestehenden Besitz eines Grundstücks nicht aufhebt, hat jene Regel: vim vi

9d) A. a. O. §. 60 S. 379 ff.
9e) S. unten §. 1848a Ziffer 3 zu N. 41a ff.

repellere licet — ihr Anwendungsgebiet erheblich erweitert. Da nämlich der bisherige Besitzer ungeachtet solcher Occupation noch immer als Besitzer gilt, so muß nunmehr auch die Gewalt, mittels deren er den Occupanten vertreibt, als erlaubte Vertheidigung seines eignen Besitzes gelten.

Wenn Bruns[10]) hierbei gleichwohl Gewalt gegen die Person des Occupanten für unzulässig hält, so beruht das auf einem ungehörigen Hereinziehen rein polizeilicher Gesichtspuncte in unsre Frage[11]). Aber selbst polizeilich ist die Sache keineswegs so bedenklich, wie Bruns sie hält. Zwar dürfen wir nicht anerkennen, daß das römische Recht auch jetzt noch hier schlechthin die Anwendung von Waffen untersagt habe. Dies war eben nur solange der Fall gewesen, als die clandestina occupatio den Occupanten auch gegenüber dem bisherigen Besitzer zum juristischen Besitzer gemacht hatte: er konnte dann, wenn jener ihm den Besitz gewaltsam wieder abgenommen hatte, gegen ihn das Unde vi armata gebrauchen, und in diesem fand die exceptio vitiosae possessionis keinen Platz. Jetzt aber, da der Occupant infolge seiner clandestina possessio gegenüber dem bisherigen Besitzer als juristischer Besitzer nicht mehr geschützt wurde, gab es im Civilverfahren kein Mittel mehr, jenes unbedingte Verbot der Waffen aufrecht zu erhalten. Allein nunmehr fällt die Vertreibung des Eindringlings seitens des bisherigen Besitzers unter den Gesichtspunct der Nothwehr und unterliegt demnach der für diese allgemein gesetzten Beschränkung auf das zur Vertheidigung des eignen Rechtes Nothwendige.

Die oben S. 99 mitgetheilte l. 1 Cod. h. t. aber wird in ihrer Anwendung auf die als Abwehr geltende

10) A. a. O. S. 149 ff.

11) Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 329 ff.

Wiedervertreibung des heimlichen Occupanten dadurch besonders wichtig, weil sie zugleich ausdrückt, daß dem iniuste possidens seinerseits ein Vertheidigungsrecht gegenüber demjenigen, a quo vitio possidet, überhaupt nicht zusteht. Auch die geringste Widersetzlichkeit des Occupanten gegen den Versuch des bisherigen Besitzers, seinen Besitz thatsächlich wieder einzunehmen, ist demnach unerlaubte Gewalt.[11a]) Läßt der bisherige Besitzer es auf einen Kampf nicht ankommen, so hat er nunmehr als vi deiectus das Unde vi. Gerade hinsichtlich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe ist jetzt das Verhältniß weit günstiger gestaltet, als es war, solange die clandestina occupatio dem bisherigen Besitzer den Besitz entzog. Denn damals konnte er gestützt auf seinen frühern Besitz nur mit dem Uti possidetis klagen, und dieser Rechtsbehelf versagt in dem Augenblicke, in welchem der Occupant selbst zu besitzen aufhört; zudem war es bekanntlich auch für den Impetranten ein überaus gefährliches Mittel. War also der frühere Besitzer nicht geneigt, sein Heil in diesem, thatsächlich und rechtlich bedenklichen, Rechtsbehelfe zu suchen, oder etwa zum Petitorium zu greifen, so mußte für ihn der Reiz sehr verführerisch wirken, es auf eine Kraftprobe, wenn schon ohne Waffen, ankommen zu lassen. Das ist jetzt nicht mehr nöthig: den Vortheil des Unde vi vermag er sich fast immer ganz gefahrlos zu verschaffen.[12])

11a) So richtig Klein a. a. O. S. 212 N. 120, der jedoch das. S. 211 mit Unrecht bestreitet, daß die Vertreibungsbefugniß des bisherigen Besitzers mit dem Nothwehrrechte in Verbindung stehe.

12) Vgl. Kniep a. a. O. S. 439 ff. S. 448 ff.; Wendt, Faustrecht in v. Jherings Jahrb. Bd. 21. S. 227 ff.; Klein a. a. O. S. 213.

Uebrigens darf es nicht unerwähnt bleiben, daß das vorjuſtinianiſche Recht dem vom heimlichen Occupanten einmal zurückgewieſenen frühern Beſitzer geſtattete, ſofern er ſich nur der Anwendung von Waffen enthielt, beliebig oft einen neuen Verſuch zur Vertreibung des Eindringlings zu machen.

Auch die exceptio clandestinae possessionis, wie nicht minder die exceptio precariae possessionis, geſtattete das Hineinziehen der Eigenthumsfrage in den Beſitzproceß. Der vom Eigenthümer der Sache hinter dem Rücken des bisherigen Beſitzers ergriffene Beſitz gilt nämlich wenigſtens nicht immer als clandestina possessio.

L. 40 §. 3 D. de a. p. 41, 2:
African. lib. 7. quaest. Si servum meum bonae fidei emptori clam abduxerim, respondit non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione neque conductione suae rei dominum teneri et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari.[12a])

Die Zuſammenſtellung der clandestina possessio mit der precaria und der possessio pro conductore legt es nahe, bei ihr in Beziehung auf den Eigenthümer der Sache dieſelbe Unterſcheidung anzunehmen, welche die Quellen für die beiden letzteren Fälle mehrfach machen. Sind nämlich precarium und conductio suae rei dann rechtsgültig, wenn ſie gerade mit Rückſicht auf das dem

---

12a) Es beruht auf der irrigen Anſicht, daß in ſpäterer claſſiſcher Zeit der Begriff der clandestina possessio bei Grundſtücken verſchwunden ſei (ſ. oben Ziffer 8 S. 67 ff.), wenn Pflüger, die ſogenannten Beſitzklagen S. 117, dieſe Stelle auf das Utrubi beſchränken will.

precario dans[13]) oder dem locator[14]) zuſtändige ius possessionis eingegangen worden, warum ſollte nicht auch der Eigenthümer in dem Falle als clandestinus possessor gelten, wenn er ſich den Beſitz ſeiner Sache lediglich in der Abſicht heimlich angeeignet hat, um ſich die dem bisherigen Beſitzer zuſtehenden Beſitzvortheile zu verſchaffen?

Cujaz[15]) freilich weiſt dieſe Parallele mit Entſchiedenheit zurück.

An vero utar eadem comparatione hoc modo? Rei meae precario et conductione teneor, si possessionis solius precario rogandae vel conducendae animus interveniat, non proprietatis *l. si aliquam* hoc tit. (28 D. de a. p. 41, 2). Ergo si rem meam clam abduxero possessionis solius gratia, quae erat apud bonae fidei emptorem, teneor interdicto de clandestina possessione[16]), ut ei restituam possessionem, quia eam retinere potuit per interdictum Uti possidetis etiam adversus me, quia a me vi aut clam aut precario non possidebat, quamvis non esset in causa proprietatis superior futurus. Sed hac in re meo iudicio separanda

13) L. 6 § 4, l. 11, l. 22 pr. i. f. D. de prec. 43, 26; l. 15 l. 2 D. qui satisd. 2, 8; l. 29, l. 35 §. 1 D. de pign. act. 13, 7 (l. 22 §. 3 bezog ſich urſprünglich auf das precarium der pignoris causa fiduciae gegebenen Sache); l. 36 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3; l. 2. Cod. de distr. pign. 8, 27. Vgl. l. 4 §. 3 D. de prec. 43, 26; l. 45 pr. D. de R. J. 50, 17; l. 15 D. dep. 16, 3 und die Erklärung in l. 28 D. de a. p. 41, 2.

14) L. 35 §. 1 D. de pign. act. 13, 7 cit. (l. 22 §. 3 eod. bezog ſich auf die conductio der pignoris causa fiduciae gegebenen Sache); l. 33 §. 6 D. de a. p. 41, 2; l. 21 D. de usurp. 41, 3. Vgl. die vier am Ende der vorigen Note citirten Stellen und dazu l. 20 und l. 23 Cod. de loc. 4, 65.

15) Ad Africanum tractatus VII ad l. 40 §. 3 cit.

16) Cujaz nimmt das Daſein eines ſolchen nicht nur für die ältere Zeit an, ſondern hält es noch für praktiſch. l. c. ad l. 40 cit. §. 2. Observ. IX, 33.

est causa clandestinae possessionis a ceteris duabus, et etiamsi posueris clam me abduxisse servum solius possessionis gratia, non teneor interdicto de clandestina possessione ex Sabinianorum sive Cassianorum sententia, quae obtinuit. fuit enim hac de re disputatum. et ratio haec est, quia semper praesumitur rem me abducere voluisse, non possessionem solam. nam unde apparere posset, me solius possessionis abducendae animum habuisse, nisi ex me ipso, qui hanc rem gessi solus, qui utique, ne tenear interdicto, semper dicam me rem abducere voluisse, non possessionem solam. Precarium et conductio contrahitur cum alio, et ex animo utriusque, ex contractus formula facile iudicatur, possessionis solius gratia habitus inter eos contractus fuerit, an etiam rei, ut priore casu tenear ex contractu, posteriore non item, et hoc, quod dico de clam abducta re mea bonae fidei emptori, ut propter eam nunquam tenear interdicto de clandestina possessione, evidentius apparet ex eo, quod potest ea res usucapi, quae non posset, si interdicto de clandestina possessione essem restituturus possessionem. l. 4 §. *si rem* (10) tit. sequent. (de usurp. 41, 3). l. *si rem* (5) pro empt. (41, 4). Et longe alia ratio est, si te vi deiecero de possessione rei meae, quia hoc genere capio possessionem solam atque ideo teneor interdicto Unde vi, nec ea res usucapi potest. d(icta) l. 4 §. *si dominus* (25). nec videor pro meo possidere rem meam, quam per vim eripui malo errore et inciviliter, sed pro possessore semper, ut praedo, non ut dominus. et si eadem esset ratio clandestinae et vi ereptae possessionis, contulisset procul dubio has tres Africanus: vi ereptam, clandestinam, precariam, quae solent etiam simul cedere plerumque et notari coniunctim his verbis: vi, clam, precario, potius quam omissa vi precarium et conductionem cum abductione facta clam sive possessione clandestina.

Allein der vermeintliche Quellenbeweis für die Behauptung, daß der Eigenthümer niemals als clandestinus possessor gelte, ist völlig verfehlt. L. 4 §. 10 D. de usurp. 41, 3[17]) hat mit der ganzen Frage nichts zu thun. L. 5 D. pro empt. 41, 4[18]) enthält nur den Satz, daß das Usucapionsverbot für res furtivae keine Anwendung findet weder bei dem furtum possessionis[18a]), noch bei demjenigen furtum, welches der Eigenthümer einer speciell verpfändeten Sache durch deren Veräußerung hinter dem Rücken des Pfandgläubigers begeht[18b]). Sie bietet jedoch nicht die leiseste Andeutung dafür, daß der Faustpfand-

17) Paul. lib. 54 ad ed. Si rem, quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex poenitentia redemeris et eodem statu habeas: sive ignorante me sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam redisse secundum Proculi sententiam, quae et vera est.

18) Modestin. lib. 10 pandect. Si rem, quam tibi pigneravi, subripuero eamque distraxero, de usucapione dubitatum est; et verius est utiliter cedere tempora usucapionis.

18a) S. auch l. 20 §. 1 D. de furt. 47, 2.

18b) S. auch l. 4 §. 21 D. de usurp. 41, 3. Das Gegentheil sagt scheinbar l. 6 Cod. de usuc. pro empt. 7, 26 (Philippus cum consilio collocutus dixit: Cum sit probatum rem pignori fuisse obligatam et posteo a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi). Indessen bedurfte es ja bei der Veräußerung durch den Eigenthümer gar nicht der Usucapion; der Ausspruch ist zu beziehen auf eine heimliche Veräußerung seitens des verpfändenden Nichteigenthümers. Ebenso ist l. 49 D. de usurp. 41, 3 (Labeo lib. 5. pithanon a Paulo epitomat.: Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: immo forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, erit ea res furtiva facta: sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi potest) zu beschränken auf das furtum, das der verpfändende Nichteigenthümer gegenüber dem Faustpfandgläubiger begeht: hier wird ausnahmsweis

gläubiger dem Eigenthümer die Sache nicht mit einer Besitzklage wieder abnehmen könnte. Und darauf allein würde es ankommen.

Die innere Begründung aber, welche Cujas seiner Behauptung giebt, entspricht der wirklichen Sachlage keineswegs. Wenn der Verpfänder dem Faustpfandgläubiger oder der Proprietar dem Nießbraucher das Faustpfand oder die Nießbrauchssache furtim wegholt, so ist eine Untersuchung darüber durchaus unnöthig, ob er sich die Sache selbst habe aneignen wollen oder lediglich deren, juristischen oder natürlichen, Besitz. Denn es liegt offen zu Tage, daß es sich nur um den letztern handelt. In solchen Fällen aber, wo die Absicht des Entwenders wirklich zweifelhaft bleibt, da ist Zehn gegen Eins darauf zu wetten, daß er auf die Frage nach seiner Absicht bei der Entwendung angeben würde, ihm gehöre ja die Sache, anstatt seiner eignen Ueberzeugung zuwider einzuräumen, er habe sich die Sache aneignen wollen, nicht bloß deren Besitz. Die Möglichkeit, mittels jener unwahren Angabe einer Besitzklage zu entgehen, würde schwerlich ins Gewicht fallen. Und ganz sicherlich hätten die welterfahrenen Römer auf derartige Spitzfindigkeiten einen praktischen Satz nicht gegründet.

Die Glosse nimmt in der That für den Eigenthümer die Möglichkeit einer clandestina possessio suae rei nach dem Vorbilde des precarium und der conductio an. Sie lehrt ad l. 40 §. 3 cit. de a. p. 41, 2 v. *teneri:* ut supra

---

die Heilung des vitium zugelassen durch Rückkehr in des letztern Gewalt. Ursprünglich hat Paulus vermuthlich von der usureceptio ex fiducia geredet; die fiduciae gegebene Sache blieb usucapionsfähig trotz ihrer Entwendung durch den fiduciae dans; diese galt nicht als furtum. Gai III, §. 207 verbunden mit 2, 60. So sind vielleicht die Worte: „erit — venerit“ Interpolation.

dep. (16, 3) l. *qui rem* (15) et infra de prec. (43, 26) l. *in rebus* (4) §. *si* (3) et infra tit. I (de usurp. 41, 3) l. *ei a quo* (21). Et nota, quod facit argumentum a pari, q(uo) d(icitur), cui rei illa possunt convenire, et hoc, et a qua illa removentur, et hoc, ut subiicit: *et non posse* etc. sed videtur falsum hoc argumentum, quia pro opere, quod quis in suo facit, tenetur Quod vi aut clam ut infra quod vi aut clam (43, 24) l. 1 §. 2 et l. *is qui in puteum* (11) §. fin. (18). sed respondeo: aliud est agi Quod vi aut clam, quia agitur ad interesse pro opere facto vi vel clam, et aliud possideri aliquid clam. Nam non ideo quod facit clam opus, possidet clam: cum origo inspiciatur post: ut supra eod. (41, 2) l. *clam* (6). Secundo op(ponas), quia precarium tenet in sua re ratione possessionis supra eod. (41, 2) l. *si aliquam* (28). sed hic credebam esse eius, qui possideat secundum *Jo*(*annem Bassianum*). ibi sciebam meam proprietatem. Argumento infra de prec. (43, 26) l. *certe* (6) §. fin (4). vel etiamsi putabam hic meam proprietatis gratia: clam abduxi metuens mihi fieri controversiam proprietatis, in qua nec clandestinitas nec precarium tenet: sed in possessione posset esse utrumque, si ego non possidebam. Item opp(onas), si a me possides clam, vinco interdicto Uti possidetis ut infra uti poss. (43, 17) l. 1. i. f. (§. 9) et l. seq. (2). Si tu dicas te dominum, ergo non possides clam: sicque removes me ab interdicto: quod est falsum. sed responsio est ex praedictis: quia in possessione suae rei potest esse clandestinitas, si primo alius possidebat.

Auch dieſe Ausführungen jedoch ſind völlig haltlos. Daß der Eigenthümer als clandestinus possessor nicht gelten ſoll, falls er in Erwartung eines Eigenthumsſtreites ſich den Beſitz ſeiner Sache heimlich weggenommen hat, nicht dagegen, falls er es in Erwartung eines Beſitzſtreites gethan, das bedarf keiner Widerlegung. Ebenſo leuchtet es ein, wie widerſinnig das Ergebniß

der Ansicht des Joannes Bassianus ist: der Eigenthümer, der in Kenntniß seines Eigenthums den Besitz seiner Sache sich heimlich aneignet, gilt als clandestinus possessor; nicht dagegen der Eigenthümer, der dies in dem irrigen Glauben thut, sich damit eine fremde Sache anzueignen!

Eine befriedigende Antwort auf unsre Frage dürfen wir nur erwarten, wenn wir uns veranschaulicht haben, weswegen denn das precarium und die conductio suae rei grundsätzlich nichtig sind. Wer diesen Satz aus der vermeintlichen Unmöglichkeit der Hingabe[19]) erklärt, der muß dessen Erstreckung auf die clandestina possessio des Eigenthümers für eine Laune der Römer halten, die dann freilich um so seltsamer erscheint, als eben dieselben Römer bekanntlich an einem furtum suae rei keinen Anstoß genommen haben. Ganz anders, wenn wir den Satz mit Gustav Hartmann[20]) auf die sachliche Unzweckmäßigkeit derartiger Verträge zurückführen. Besonders deutlich tritt diese Unzweckmäßigkeit heraus hinsichtlich der uns im gegenwärtigen Zusammenhange ausschließlich angehenden Rückgabepflicht, die dem Precaristen und dem Conductor obliegt. Würde diese Pflicht auch für den Eigenthümer erwachsen, der in Unkenntniß seines Rechtes die Innehabung der Sache precario oder miethweis erhalten hat, und selbst dann wirksam bleiben, wenn vor ihrer Erfüllung sein Eigenthum völlig außer Zweifel gestellt sein sollte, so wäre damit die Nothwendigkeit eines völlig nutzlosen und nicht selten kostspieligen und gefährlichen, Hin- und Hergebens der Sache anerkannt[21]).

---

19) So Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung u. s. w. S. 98 und S. 141 z. N. 5.

20) Die Obligation S. 191 f.

21) Ganz unberührt bleibt diese Erwägung von der Vorschrift, daß der Conductor die fällige Rückgabe nicht aus dem Grunde

Es ist begreiflich, wie sehr das den Römern ungeeignet erschien. Genau ebenso verhält es sich mit der Rechtsstellung des heimlichen Occupanten seiner eignen Sache, sofern ihm gegenüber der bisherige Besitzer auf den Besitz dieser Sache keinen Rechtsanspruch hat. Müßte jener als clandestinus possessor den Besitz an diesen zunächst herausgeben, so würde er sofort als Eigenthümer der Sache dessen Rückgabe erzwingen können. Cui bono? Daß man, soweit es sich um eine bewegliche Sache handelte, gegen diesen Eigenthümer gleichwohl die actio furti überall ertheilte, wo der bisherige Inhaber ex honesta causa ein rechtliches Interesse daran hatte, furtum factum non esse, vereinbart sich mit der Verweigerung der Besitzklage gegen ihn auf das Beste: die actio furti geht nicht auf Rückgabe des Besitzes, sondern auf ein Mehrfaches jenes Interesse[22]). Soweit ein Grundstück den Gegenstand der

verweigern soll, weil er, ohne damit beim Gegner Anerkennung zu finden, Eigenthum an der Sache behauptet. L. 25 Cod. de loc. 4, 65. Es würde unbillig sein, wenn jemand der als conductor die Innehabung der Sache erlangt hat, sich den Vortheil dieser Innehabung nach Ablauf der Miethzeit dadurch erhalten könnte, daß er nunmehr Eigenthümer zu sein behaupet. Dieser Ungehörigkeit will jene Vorschrift vorbeugen. S. unten §. 1850 Ziffer 12 zu N. 32.

22) Der von einem Nichteigenthümer Beschenkte, dem der Eigenthümer eine bewegliche Sache heimlich wegnimmt, hat deshalb die actio furti nur, sofern ihm gegenüber der rei vindicatio ein Retentionsrecht zugestanden hätte; andernfalls fehlt ihm das Interesse, da er wegen der Eviction seitens des Eigenthümers, der er als Besitzer ausgesetzt gewesen wäre, einen Rückgriff gegen seinen Auctor nicht hat. L. 54 §. 4 D. furt. 47, 2 verbunden mit l. 20 §. 1 eod. cit. und Gai. III, 200. Das Interesse, welches dem bonae fidei emptor die actio furti gegen den Eigenthümer verschafft, liegt in der thatsächlichen Sicherung seines Anspruchs auf Evictionsleistung gegen den Verkäufer. Vgl. auch l. 17 Cod. de A. E. d. V. 4, 49 (oben S. 22). Es scheint mir nicht zulässig, diese ihm von

heimlichen Occupation seitens des Eigenthümers bildet, möchte ich dagegen nicht mit Wendt[23]) die actio furti für zulässig halten; diese scheint mir bei einem Grundstücke schlechthin unstatthaft, auch da, wo nur dessen Besitzaneignung vorliegt. Vielmehr ist m. E., wo dem bisherigen Inhaber nicht etwa eine Contractsklage zur Verfügung steht, nur die acti doli denkbar. Deren Ziel, einfacher Schadensersatz, macht hier selbstverständlich nicht die geringste Schwierigkeit.

Und sollte zuwider unsrer Ansicht im classischen Rechte das interdictum de vi non armata auch gegen den Eigenthümer stattgefunden haben, so würden wir selbst darin keinen willkürlichen Gegensatz gegen die von uns angenommene Behandlung des heimlich occupirenden Eigenthümers erblicken. Bis zur l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22 hätte dann allerdings der Eigenthümer, der als Dejicient zunächst den Besitz seines Grundstückes hatte herausgeben müssen, hinterher dessen Rückgabe mit der rei vindicatio erzwingen können. Allein ließen die Römer hier das Hin- und Herschieben des Besitzes zu, so würde sich das eben daraus erklären, daß sie den Dejicienten wegen der Gemeingefährlichkeit seines Vorgehens nicht schonen wollten.

Wesentlich anders aber liegt das Verhältniß, wenn der Eigenthümer, der den Anspruch eines Dritten auf den juristischen oder natürlichen Besitz anerkennt, seine

---

Gai. l. c. und in l. 20 §. 1 cit. unbedingt gewährte Klage mit Wendt, Faustrecht, v. Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 110, auf den Fall eines Retentionsrechtes zu beschränken. In der That erblickt Wendt selbst S. 108 die Begründung der actio furti des Hypothekars einer speciell verpfändeten Sache gegen den Pfandgeber, der sie heimlich verkauft, in der thatsächlichen Erschwerung der Vindicationsansprüche des Gläubigers.

23) A. a. O. S. 109.

Sache von letzterm precario empfängt oder miethet. Besteht in dem Augenblicke, wo die Rückgabe aus diesem Vertrage fällig ist, jener Anspruch noch, so ist es in der That nicht zwecklos, zu verlangen, daß er befriedigt werde, daß also z. B. der Eigenthümer, der seine Sache vom Faustpfandgläubiger oder vom Nutznießer gemiethet oder precario erhalten hat, deren Besitz zurückgebe: sein eignes in seinem Eigenthume begründetes Recht auf den Besitz vermag er zur Zeit noch gar nicht geltend zu machen.

Sollte das nun nicht ebenso mit dem Eigenthümer sein, der seine Sache dem Faustpfandgläubiger heimlich weggenommen hat? Kann aber dieser mit dem Uti possidetis oder Utrubi die Rückgabe des Pfandbesitzes durchsetzen, so werden wir dem Nießbraucher jene Rechtsbehelfe als utiles kaum versagen dürfen.

In solchen Fällen dürfte also die exceptio clandestinae possessionis bei unserm Interdicte auch dem Eigenthümer wirksam entgegen gestanden haben.

Das Anwendungsgebiet der exceptio clandestinae possessionis im interdictum de vi non armata (und nicht minder im Uti possidetis) ist selbstverständlich sehr zusammengeschrumpft, seitdem es eine clandestina possessio an solchen Grundstücken nicht mehr gab, deren Besitz solo animo retinetur. Unsre exceptio war bei den genannten Rechtsbehelfen seitdem nur da noch denkbar, wo ein Besitz in Frage stand, welcher durch einen Detentor ausgeübt worden war: denn ein solcher ging infolge der heimlichen Occupation immer noch an den Occupanten verloren[24]); und außerdem dann, wenn der Erbe des Precaristen in Kenntniß der Sachlage den Besitz des seinem Erblasser precario eingeräumten Grundstücks in der Absicht ergriffen hatte, ihn für sich zu behalten: hier wurde

24) L. 44 §. 2 D. de a. p. 41, 2 (s. oben S. 67 N. 58c).

anſtatt der gegen den Erblaſſer begründeten exceptio precariae possessionis die exceptio clandestinae possessionis wirkſam.[24a])

Hinſichtlich der exceptio precariae possessionis bleibt nach dem vorhin Bemerkten an dieſer Stelle nichts hinzuzufügen.[25])

Schließlich ſei hier noch die l. 3 Cod. h. t. erwähnt.

Dioclet. et ***Maxim.*** Ulpiae et Proclinae a. 294: Auctoritatem vobis rescripti nostri tenendae possessionis, quam vos per violentiam adeptas profitemini, commodari nimis improbe postulatis.

Nach der Stellung dieſes Reſcriptes könnte es die Ablehnung der begehrten actio extraordinaria ex causa des Unde vi ausſprechen; der Ausdruck „tenendae possessionis“ indeſſen paßt beſſer zu der Annahme, daß die zurückgewieſene Bitte entweder auf Ertheilung der actio ex causa des Uti possidetis gegangen ſei, oder auf Ablehnung der umgekehrt vom Dejicirten erbetenen actio ex causa des Unde vi. Auf alle Fälle aber wird, ſofern die Bittſtellerinnen nicht etwa eine vis armata eingeſtanden hatten, bei dem abſchlägigen Beſcheide in ſeinem urſprünglichen Sinne vorausgeſetzt werden müſſen, daß der Dejicirte ihnen gegenüber iuste beſeſſen hatte. In der Compilation dagegen ſoll l. 3 die unbedingte Schutzloſigkeit eines jeden Dejicienten gegenüber dem von ihm Dejicirten ausſprechen.

12. Die annalis exceptio beim interdictum de vi non armata hat Juſtinian zwar beibehalten, ſie obendrein

---

24a) Paul. V, 6, 12 (ſ. oben S. 67 N. 58d).

25) Sollte nicht l. 10 D. de a. p. 41, 2 (Ulp. lib. 69. ad ed.) in ihrem urſprünglichen Zuſammenhange dieſe exceptio commentirt haben? Lenel ed. perp. S. 372 N. 1 paling. vol. II. col. 816 n. 2 bezieht ſie zur Erläuterung des Erforderniſſes „cum ille possideret“.

sogar auf die vis armata erstreckt; allein in der Mittheilung des Edictes über das Unde vi hat er ihren Ausdruck sehr umgestaltet.

In der Ueberlieferung des alten Edictes bei Cic. pro Tull. 19, 44[26]) lautet sie: in hoc anno — und hat ihre Stelle vor den Worten: vi deiecisti; l. 1 pr. h. t., welche aus der imperativen Formel des Interdicts die ziemlich ungeschickte Verheißung eines iudicium gemacht hat,[27]) giebt ihren Inhalt in der Fassung: tantummodo intra annum (sc. iudicium dabo). Ohne Zweifel hat Julians Edict diese Fassung nicht gehabt: sie paßt in das Interdict schlechterdings nicht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Julian die alte Fassung nicht beibehalten haben sollte. Uebrigens hatte sie schon längst ihre ursprüngliche Stelle wechseln müssen. Seitdem es nicht mehr hieß: Unde tu aut familia aut procurator tuus — deiecisti, sondern: Unde tu — vi deiecisti aut familia tua deiecit —, konnten die Worte in hoc anno füglich weder zu dem deiecisti allein, noch zu dem deiecit allein gesetzt werden; so ergab es sich von selbst, sie beiden voranzustellen, statt sie doppelt zu gebrauchen. Es hieß also nunmehr: Unde in hoc anno tu etc. In den uns erhaltenen Auszügen aus Ulpians Edictscommentar findet sich die Erwähnung des annus freilich erst an später Stelle, nämlich zwischen der Erörterung über den Restitutionsbefehl (§§. 31—38) und derjenigen über das officium iudicis bei dem iudicium secutorium bezw. der formula arbitraria ex interdicto (§§. 40—42). Doch beweist dies schwerlich etwas gegen ihre Stelle im Eingange des Interdicts.

---

26) Oben S. 5. Vgl. auch Cic. ad div. 15, 16, 3: In hoc interdicto (sc. de vi armata) non solet addi „in hoc anno“).

27) Oben S. 3 Ziffer 1 zu Anf.

Denn obschon Ulpian seinen Commentar im ganzen genau der Wortfolge des Edictes anschließt, konnte er doch kaum verkennen, wie wenig zweckmäßig es gewesen wäre, die zeitliche Beschränkung des Interdicts vor dessen sachlichem Inhalte zu erörtern. Zog er es danach vor, ihrer Erörterung einen Platz nach seiner eignen Auswahl zu geben, so bot sich dieser Platz ganz ungesucht im Anschlusse an die Besprechung des Restitutionsbefehles: der Befehl hat eben nur Wirkung, wenn die Dejection in hoc anno geschehen ist.

L. 1 §. 39 cit. sagt:

Annus in hoc interdicto utilis est.

Bestätigt wird die Beschränkung unseres Interdicts auf ein Jahr in

l. 2 Cod. h. t.:

Dioclet. et *Maxim.* Alexandro a. 293. Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum annus excessit, certissimi iuris est etc.

Vat. fragm. 312:

Iidem eod. anno (s. oben S. 20).

Die Frist begann ohne Zweifel, sobald sich dem Dejicirten zuerst die Möglichkeit geboten hatte, den Prätor zwecks Erwirkung des Interdicts anzugehen.

13. Bei Cic. pro Caec. 30, 88[28]) wird uns als Restitutionsbefehl nur mitgetheilt ein „eo restituas". Da es indessen dem Redner in dem dort gegebenen Zusammenhange nur darauf ankam, zu zeigen, daß dieser Befehl gemäß seiner edictsmäßigen Voraussetzung: „Unde tu deiecisti" sich sowohl auf eine Dejection ab aliquo loco beziehe, als auf eine solche ex aliquo loco, folglich ein etwa darüber hinausgehender Inhalt des Befehles für ihn nicht in Betracht kam, so bleibt immerhin die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, es habe jener Befehl schon damals

28) S. oben S. 5.

einen umfassenderen Inhalt gehabt. Und dann könnte dies recht wohl der nämliche gewesen sein, den wir nach Ulpians Commentar in l. 1 §§. 31—38 h. t. als Inhalt des julianischen Interdictes annehmen müssen, nämlich:

eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Keller[29]) meinte freilich, die hervorgehobenen Worte, die auch er wegen ihrer ausdrücklichen Erwähnung in dem l. 1 pr. h. t. mitgetheilten Edicte als Bestandtheil einer Formel ansieht, haben nicht dem Interdicte selbst angehört, sondern der Formel des iudicium secutorium bezw. der formula arbitraria ex interdicto. Denn was Ulpian über ihre Bedeutung vorbringe, stütze sich mehr auf Zweck und Absicht des Interdicts, als auf die Worte einer Formel; wo er jedoch auf Formelworte Bezug nehme, da scheinen dies nicht sowohl die Worte des Interdictes zu sein, als die Worte einer Klagformel ex interdicto. Im Interdicte selbst sei eine ausdrückliche Erwähnung der infolge der Dejection dem Impetranten entzogenen Mobilien ganz überflüssig gewesen: ihre Restitution sei gleich derjenigen der Früchte und der omnis causa in dem Einen Worte: restituas mit anbefohlen worden. Treffend hat Karl Adolf Schmidt[30]) hiergegen geltend gemacht: Wenn das restituas im Interdicte die von Keller ihm beigelegte umfassende Bedeutung gehabt habe, so müsse dem nisi restituetur der formula arbitraria die gleiche Bedeutung zugekommen sein; folglich müßte jener Zusatz bei ihr ganz zwecklos erscheinen. Außerdem aber erläutern die dem §. 33 unsrer l. 1 vorangehenden Theile der Stelle Interdictsworte; es sei daher völlig unglaublich, daß Ulpian so ganz ohne jede Verbindung auf die Auslegung eines einzelnen, herausgerissenen Stücks

29) Semestr. p. 298 sqq.
30) Interdiktenverf. S. 35 N. 7.

der arbitraria formula ex interdicto übergegangen ſein ſollte, der er ſonſt nirgends dieſe Ehre erweiſe.

Ulpians Ausführungen aber ſind folgende.

L. 1 §. 31 h. t.:

Qui vi deiectus est, quidquid damni senserit ob hoc, quod deiectus est, reciperare debet: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus.

Der Prätor befiehlt, für den Dejicirten die nämliche Vermögenslage herzuſtellen, worin er ſich befinden würde, wenn er nicht dejicirt worden wäre. Demnach hat er vollen Erſatz des Schadens zu beanſpruchen, der ihm infolge der Dejection erwachſen iſt.

Hierunter iſt auch Erſatz des Schadens begriffen, den der Dejicirte in Beziehung auf bewegliche Sachen erlitten hat. Iſt ihm daher, ſei es nach Erlaß des Interdictes, ſei es vorher[30a]), nur der Beſitz des Grundſtücks reſtituirt, aus dem er dejicirt worden iſt, nicht auch hinſichtlich jener Sachen Erſatz geleiſtet, ſo behält ihretwegen das Interdict Kraft Der Impetrant muß demgemäß ſowohl im Sponſionsverfahren und dem damit verbundenen iudicium secutorium, als auch aus der arbitraria formula verurtheilt werden: es iſt wahr, daß er den Impetranten dejicirt und nicht ſo, wie er nach dem Interdicte es ſollte, reſtituirt hat. Uebrigens ſteht es dem Dejicirten frei, das Unde vi auf den Beſitz des Grundſtücks zu beſchränken und wegen der ihm infolge der Dejection entzogenen Mobilien ſich der actio ad exhibendum oder auch der actio vi bonorum raptorum zu bedienen.

L. 1 §. 32 h. t.:

Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur,

30a) Dies macht treffend geltend Lenel ed. perp. S. 373.

hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia verum est vi esse deiectum. plane si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione, potest hoc suo arbitrio habere, et ita *Julianus* scribit: idem scribit, et si quis vi bonorum raptorum de huiusmodi rebus velit experiri.

Was den Impetranten veranlaſſen konnte, wegen der Mobilien die actio vi bonorum raptorum anzuſtellen, liegt auf der Hand: es war die Ausſicht auf die ihm vortheilhaftere Condemnation auf den vierfachen Schätzwerth jener Sachen[31]). Nicht ſo unmittelbar ſpringt der Vorzug der actio ad exhibendum in die Augen. Er lag darin, daß, wenn der Impetrat nicht ſofort nach Erlaß des Interdictes einen arbiter erbat, die Verhandlung über das Interdict alſo per sponsionem erfolgen mußte und damit bis zum rerum actus aufgeſchoben wurde, der Impetrant nun doch wenigſtens hinſichtlich der beweglichen Sachen mittels der actio ad exhibendum ſofort die Entſcheidung erzielen konnte.

Sodann erfahren wir, daß die Reſtitutionspflicht hinſichtlich der beweglichen Sachen ſich keineswegs auf ſolche beſchränkte, welche dem Impetranten gehörten, ſondern auf alle Sachen ging, die er in ſeiner Detention hatte, gleichviel ob er ſie kraft eines dinglichen oder eines obligatoriſchen Verhältniſſes detinirte, ob zu eigenem oder zu fremdem Vortheile, ob entgeltlich oder unentgeltlich, ob er ihre Gefahr trug oder nicht.

L. 1 §. 33 h. t.:

Quod autem ait praetor: „quaeque ibi habuit“, sic accipimus, ut omnes res contineantur, non solum quae propriae ipsius fuerunt, verum etiam si quae apud

31) L. 2 §. 13 D. vi bon. 47, 8.

eum depositae vel ei commodatae vel pigneratae, quarumque usum vel usum fructum vel custodiam habuit, vel si quae ei locatae sunt: cum enim dicat praetor „habuit", omnia haec habendi verbo continentur.

Wir werden demnach auch solche Sachen hierher zu stellen haben, die der Impetrant mala fide, sine causa, ex iniusta causa, vitio besaß.

Und zwar ist nach den Worten des Interdicts „quae tunc ibi habuit" das Vorhandensein einer Sache im Augenblicke der Dejection dafür entscheidend, ob sie unter die Restitutionspflicht fällt. Es haftet demnach der Impetrat auch für den spätern Untergang oder Verlust einer in diesem Augenblicke vorhandenen Sache, sofern deren Untergang oder Verlust durch die Dejection verursacht ist.

L. 1 §. 34 h. t.:

Rectissime autem praetor addidit „tunc ibi habuit". „tunc" sic accipimus „cum deiceretur": et ideo et si quid postea desiit illic esse, dicendum erit in interdictum venire. sic fit, ut etiamsi homines vel pecora demortua sint post deiectionem, interdicto locus sit.

Ja, es bleibt der Dejicient auch dann haftbar, wenn ihm die Restitution der bei der Dejection dem Dejicirten entzogenen Sachen hinterher ohne sein Verschulden vereitelt wird. Die Römer bringen diese strenge Haftung des Dejicienten, wie diejenige des fur, unter den Gesichtspunct des Verzuges. In Wahrheit ist dies nur eine, nicht einmal glückliche, Redewendung, die mit der Begehung des Delictes begründete Strenge der Haftung zu bezeichnen[31a]). Selbstverständlich kann hier nicht die Billigkeit zur Anwendung kommen, wonach bei unverschuldeter Vereitelung der Restitution die Haftung dann

31a) S. darüber Thl. 2 dieſ Sererie des Commentars §. 1838 e Ziffer 103 S. 243 ff.

wegfällt, wenn trotz erfolgter Restitution der Werth der Sache dem Gläubiger doch verloren gegangen oder vermindert worden wäre. Die gleiche Strenge gilt natürlich auch hinsichtlich des Grundstücks selbst und der darauf im Augenblicke der Dejection befindlich gewesenen Gebäude, Anlagen, Pflanzungen u. s. w.

L. 1 §§. 35 sq. h. t.:

Denique scribit *Julianus* eum, qui vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, propius esse, ut etiam sine culpa eius mortuis hominibus aestimationem[31b]) eorum per interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur. huic consequens esse ait, ut villae quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur: ubi enim quis, inquit, deiecit, per eum stetisse videtur, quo minus restitueret. §. 36: Idcirco constare ait eum, qui vi deiecit quique vi[32]) sine dolo malo desierit possidere, interdicto teneri.

L. 15 h. t.:

Paul. lib. 13. ad Sabin. Si vi me deieceris vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti aut vi aut clam fecisti.

L. 19 h. t.:

Tryphonin. lib. 15. disput. Merito *Julianus* respondit, si me de fundo vi deieceris, in quo res moventes fuerunt, cum mihi interdicto Unde vi restituere debes non solum possessionem soli, sed et ea, quae ibi fuerunt, quamquam ego moram fecero, quo minus interdicto te

---

31b) Ueber die Bedeutung der Ausdrücke „aestimatio“ und „pretium“ in diesem Zusammenhange s. unten nach N. 37.

32) *Quique vi*] tum quoque, ubi *scr.* M.

convenirem, subtractis tamen[33]) mortalitate servis aut pecoribus aliisve rebus casu intercidentibus tuum tamen onus nihilo minus in eis restituendis esse, quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus es.

Paul. V, 6, h. t.8:

Ex rebus vi possessis si aliquae res arserint vel servi decesserint, licet id sine dolo eius, qui deiecit, factum sit, aestimatione tamen condemnandus est, qui ita voluit adipisci rem iuris alieni.

Begreiflicherweise wollte der Prätor den Impetraten nicht für alle beweglichen Sachen haftbar machen, welche der Dejicient im Augenblicke der Dejection überhaupt besitzt, sondern nur für diejenigen, die infolge der Dejection untergegangen, ihm entzogen oder beschädigt worden sind. Das sind eben die Sachen, die sich auf dem Grundstücke befanden, dessen Besitz dem Impetranten gewaltsam genommen ist. Deshalb ist das Interdict auf „ibi" abgestellt. Dieses „ibi" aber darf nicht in dem engsten Sinne aufgefaßt werden, als müßten die Sachen gerade auf dem nämlichen Flecke sich befunden haben, auf dem sich der Impetrant selbst im Augenblicke seiner Dejection befand; vielmehr ist damit der Grundbesitz, welcher dem Dejicirten durch die Dejection entzogen worden, in seinem ganzen Umfange bezeichnet.

L. 1 §§. 37 sq. h. t.:

„Ibi" autem ait praetor, ut ne quis et quae illic non habuit, complectatur. §. 38: Sane quod ait praetor „ibi" quomodo accipimus? utrum in eo loco, unde quis vi deiectus est, an vero in omni possessione? et melius dicetur non ad angulum referendum vel locum, in quo fuerit, verum etiam ad omnem partem possessionis, qua quis caruit, cum deicitur.

---

33) interim *scr.* M.

Soll nun nach den Worten des Interdictes und deren Auslegung für den Dejicirten die gleiche Vermögenslage hergestellt werden, in welcher er ohne die Dejection sich befinden würde, so ergiebt sich daraus, daß der Dejicient vom Augenblicke der Dejection an für alle Aufkünfte und jeden Gewinn aufkommen muß, welche der Impetrant von den ihm entzogenen Gegenständen hätte erhalten können, während regelmäßig die Haftung für Früchte bei Interdicten erst vom Zeitpuncte des Erlasses an begründet wird.

L. 1 §§. 40 sq. h. t.:

Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur.[34]) idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant: nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi deiectus est.[35]) §. 41: Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum ceterarum etiam utilitatium habenda est: nam et *Vivianus* refert in hoc interdicto omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui aut eorum [nomine *ins.* M.] litem a iudice aestimari debere eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset se vi deiectum non esse.

L. 4 Cod. h. t.:

Dioclet. et *Maxim.* Hygino, a. 294. Si de possessione vi deiectus es, eum et legis Juliae vis privatae reum postulare et ad instar interdicti Unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare, in qua

34) L. 3 D. de interd. 43, 1: (Ulp. lib. 69. ad ed.). In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro.

35) S. auch l. 38 §. 5 D. de usur. 22, 1: (Paul. lib. 6. ad Plautium.) Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto Unde vi, etiam fructus sunt restituendi.

fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, pervenire non ambigitur.

Vat. fragm. §. 312:

Iid. a. 293. — interdicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit etc.

Da übrigens das Interdict auf impetratiſcher Seite lediglich das vi adversarium deiecisse vorausſetzt, ſo verpflichtet es den Impetraten auch dann, wenn er ſelbſt den Beſitz des Grundſtücks, aus dem er den Gegner entſetzt, gar nicht erworben hat.

L. 1 §. 42 h. t.:

Ex interdicto Unde vi etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.

Wo das Interdict nicht durch eine dem Impetraten ſelbſt zur Laſt fallende Dejection begründet war, ſondern nur durch ein pervenire an ihn, da war natürlich eine mildere Behandlung geboten; ſeine Gleichſtellung mit dem im Verzuge befindlichen Schuldner hätte ſich hier gar nicht rechtfertigen laſſen. Er wurde hier, wie dies die allgemeine Regel bei Interdicten iſt, durch den Erlaß des Interdictes zwar verpflichtet, auf den Gegenſtand ſeiner Bereicherung die Sorgfalt eines guten Hausvaters zu verwenden; darüber hinaus jedoch haftete er nicht.[35a])

Die Verurtheilung im iudicium secutorium beim Sponſionsverfahren und ebenſo diejenige aus der formula arbitraria ging auf das volle Intereſſe des Dejicirten, das je nach den Umſtänden bald unter dem Sachwerthe der durch die Dejection dem Kläger entzogenen Gegenſtände bleibt, bald denſelben erreicht oder ſelbſt überſteigt. Das Letzte konnte namentlich leicht vorkommen in Beziehung auf einen Sklaven, welcher infolge der Dejection getödtet

35a) Vgl. l. 8 §. 4 und §. 6 D. de prec. 43, 26; l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2. S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838e Ziffer 103.

worden oder abhanden gekommen war, sofern er etwa einem peinlichen Verhöre hatte unterworfen[36]) oder in einem Civilprocesse als Zeuge benutzt werden sollen oder zum Erben eingesetzt war.

L. 6 h. t.:

Paul. lib. 17. ad ed. In interdicto Unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere: et hoc iure nos uti *Pomponius* scribit, id est tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri.

Zu Pomponius Zeit war es also anerkanntes Recht, daß der Werth des Besitzes als solchen sich nicht mit dem Sachwerthe decke, wie es noch Servius gelehrt hatte[37]).

Es ergiebt sich zugleich aus l. 6 cit. sowie aus l. 1 §. 41 cit., daß unter der aestimatio der gestorbenen Sklaven und dem pretium des verbrannten Landhauses oder sonstigen Gebäudes in l. 1 §. 35 und bei Paul. V, 6, 8 nicht der Sachwerth gemeint sein kann, sondern das Interesse.

14. Die mit dem Unde vi verfolgbare Dejection stellt sich dar als eine wegen ihrer Gemeingefährlichkeit schwere Rechtsverletzung, die wenigstens in vielen Fällen eben deshalb auch strafrechtlich, und zwar mittels eines iudicium publicum, geahndet wurde.

Diese Natur der Dejection mußte Anlaß geben zu Zweifeln hinsichtlich der Statthaftigkeit des Interdictes

36) Vgl. l. 23 §. 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

37) L. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17 (s. unten §. 1850 Ziffer 7 vor N. 82a).

gegen Respectspersonen und hinsichtlich der unwillkürlichen Folge der Ehrenminderung bei Verurtheilung daraus.

Gegen Eltern und Patrone, sowie gegen die liberi des Patrons und die Eltern des Patrons und der Patrona ertheilte bekanntlich der Prätor ebensowenig eine infamirende Klage wie solche Rechtsbehelfe, welche laut ihrer Fassung einen ehrenrührigen Vorwurf enthalten, ersetzte dieselben vielmehr durch Rechtsbehelfe, welche auf Thatsachen ohne gehässigen Inhalt lauteten[38]). Allein diese Rücksicht fand ihre Grenze bei groben Rechtswidrigkeiten jener Respectspersonen. Wie sollte es nun gegenüber einer von ihnen verübten Dejection gehalten werden? Hier entschied man sich für eine verschiedene Behandlung, je nachdem die Dejection mit Waffen oder ohne Waffen erfolgt war. Im letztern Falle ersetzte der Prätor das Unde vi durch eine actio in factum; im erstern dagegen hielt er eine zarte Rücksicht nicht angebracht.

L. 1 §. 43 h. t.:

Interdictum hoc quia atrocitatem facinoris in se habet, quaesitum est, an liberto in patronum vel liberis adversus parentes competit. et verius est, nec liberto in patronum nec in parentes liberis dandum esse, meliusque erit in factum actionem competere. aliter atque si vi armata usus sit adversus libertum patronus vel adversus liberos parens: nam his interdictum competit.

Hiernach ergiebt sich die Beschränkung auf das interdictum de vi non armata für l. 7 §. 2 D. de obseq. parent. 37, 15.

Ulp. lib. 10. ad ed. Nec exceptiones doli patiuntur (sc. parentes et patroni) vel vis metusve causa, vel interdictum Unde vi vel Quod vi patiuntur.

---

38) L. 5, l. 6, l. 7 pr. §§. 2, 4, 5 D. de obseq. par. 37, 15.

Wie uns ausdrücklich bezeugt ist, schloß die lex Julia und ein sie ergänzendes Senatusconsult den nach ihr de vi privata Verurtheilten von allen künftigen und bereits erworbenen Ehrenstellen und Ehrenämtern quasi infamem aus[39]). Ohne Zweifel war das Gesetz und die etwa auch ihr durch ein Senatusconsult gegebene Ergänzung hinsichtlich der vis publica nicht milder. Wenn nun Cicero in seiner Rede pro Caecina die darin verhandelte actio ex interdicto de vi armata wiederholt als eine solche bezeichnet, welche die bürgerliche Ehre des Impetraten bedrohe[40]), so liegt es nahe, auch das Interdict für ehrenmindernd zu halten. Indessen ist diese Auffassung keineswegs die einzig mögliche. Die mittels des Interdicts gewonnene Entscheidung, daß der Impetrant im Augenblicke der Dejection Besitzer des streitigen Grundstücks gewesen sei, macht für das nachfolgende Strafverfahren de vi Rechtskraft, insofern sie das Dasein desjenigen Privatrechts feststellt, welches den Gegenstand der straflich verfolgten Verletzung bildet[41]). Da mithin jene Entscheidung die Verurtheilung auf die accusatio de vi mit rechtlicher Nothwendigkeit nach sich zieht, so verursacht thatsächlich schon sie die Ehrenfolge, welche auf diese Verurtheilung gesetzt ist. Wir haben also ein

39) L. 1 pr. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7: (*Marcian.* lib. 14. instit.). De vi privata damnati pars tertia bonorum ex lege Julia publicatur, et cautum est, ne senator sit, ne decurio, aut ullum honorem capiat, neve in eum ordinem (in XIV ordinibus *Cuiacius*) sedeat neve iudex sit: et videlicet omni honore quasi infamis ex senatus consulto carebit.

40) 2, 6: ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere. §. 7: quia existimationis periculum est. 3, 8: Est enim turpe iudicium. 4, 9: existimationis illius periculum.

41) S Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838e Ziff. 106 S. 287 ff.

gutes Verständniß der Aussprüche Ciceros gewonnen, sobald wir annehmen, daß bereits das damals (zwischen 676 und 688 d. St.) geltende Gesetz de vi, sei es die lex Plautia oder eine lex Cornelia Sullae[42]), an die Verurtheilung de vi in einem iudicium publicum eine ähnliche Ehrenminderung knüpfte, wie wir sie für die lex Julia hinsichtlich der vis privata kennen.

Jedenfalls infamirte zur Zeit der Severe das Unde vi ebensowenig, wie irgend ein anderes Interdict.

L. 13 h. t.:

Ulp. lib. 8 ad Sabin. Neque Unde vi neque aliud interdictum famosum est.

L. 32 D. de poen. 48, 19:

Ulp. lib. 6. ad ed. Si praeses vel iudex ita interlocutus sit „vim fecisti", si quidem ex interdicto, non erit notatus etc.

15. Abgesehen von dem räthselhaften unus casus des §. 2 I. de act. 4, 6[43]), giebt das römische Recht der Kaiserzeit dem Besitzer einer Sache gegen den Nichtbesitzer keine Klage, womit er diesem das Eigenthum jener Sache streitig machen könnte. Namentlich ist hierzu die rei vindicatio nicht mehr geeignet, seitdem für sie die legis actio sacramento in rem nicht mehr angewandt wurde.

Eine ganz andere Frage aber bleibt es, ob in einem Falle, wo sowohl die rei vindicatio als das Uti possidetis[43a]) begründet ist, die Anstellung der erstern das zweite ausschließe.

---

42) S. L. Lange, römische Alterthümer Bd. 2. 3. Aufl. S. 665 f.

43) Vgl. darüber Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S 401 ff. und unten §. 1850 Ziffer 2 zu N. 35.

43a) Da im classischen Rechte das Utrubi auch dem Nichtbesitzer zustand, wenn er im letzten Jahre vor dessen Erwirkung längere Zeit als der Gegner diesem gegenüber fehlerlosen Besitz gehabt hatte, so darf man in der uns hier an-

In beiden Klagen würde es sich um alia res handeln: bei der rei vindicatio um das Eigenthum des Klägers an der Sache, bei der Besitzklage um sein ius possessionis daran. Hiernach kann die processualische Consumption, welche mittels der Litiscontestation aus der rei vindicatio bewirkt ist, für die Besitzklage keine Wirkung äußern, ebensowenig als umgekehrt die consumirende Wirkung des zum Schutze des Besitzes ertheilten Interdicts für die rei vindicatio Geltung hat.

Dagegen liegt es nahe, in der Anstellung der rei vindicatio seitens des Besitzers die Erklärung des animus non possidendi, also einen Verzicht auf seinen Besitz zu erblicken, der, wenn er wirksam wäre, natürlich den Verlust des zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes bestimmten Uti possidetis nach sich ziehen müßte.

Das freilich leuchtet ohne weiteres ein, daß wenigstens da von einem solchen Verzichte nicht die Rede sein kann, wo der Besitzer in thatsächlicher Unkenntniß seines Besitzes vindicirt[44]). Und kaum minder selbstverständlich verbietet sich die Annahme eines wirksamen Verzichtes stets, wo das corpus possessionis nicht bei dem mit der Vindication Belangten ist, sondern beim Kläger oder dessen Detentor. Hier nämlich ist die Klage unter allen Umständen gegenstandslos. Enthielte also immerhin ihre

---

gehenden Frage nicht beide interdicta retinendae possessionis übereins behandeln.

Uebrigens ist eine Concurrenz der rei vindicatio mit dem Uti possidetis nicht denkbar, wo jene Klage per sponsionem erfolgte. Denn diese Form der rei vindicatio setzte voraus, daß der Gegner mit dem interdictum retinendae possessionis gesiegt hatte. S. unten §. 1852 Ziffer 4. Vgl. auch Duncker, Besitzklage S. 63.

44) Auf diesen Fall beschränkt die Glosse ad l. 12 §. 1 D. de a. p. 41, 2 v. *qui coepit* die hier getroffene Entscheidung. Vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes §. 32 7. Aufl. S. 358 f.

Anstellung die Erklärung des Vindicanten, er verzichte auf den bei ihm etwa vorhandenen Besitz, so würde sich doch der Beklagte, dem ja das corpus fehlt, gar nicht in der Lage befinden, diesen Verzicht geltend zu machen: er würde also dadurch nicht Besitzer werden, vielmehr würde bei der unveränderten Fortdauer des corpus der Vindicant nach wie vor den Besitz behalten.

Im übrigen bleibt die Frage offen.

Nun ist die elective Concurrenz beider Rechtsbehelfe, soviel ich sehe, in zwei Fällen denkbar: gegenüber demjenigen, dem wir die Detention unsres Grundstücks für uns anvertraut haben, dem jedoch ein Anspruch auf diese Detention nicht oder nicht mehr zusteht; und gegenüber einem juristischen Besitzer unsres Grundstücks, der uns dessen Besitz vitio entzogen hat[45]).

In beiden Fällen will der Vindicant das corpus possessionis erlangen, das ihm in der That fehlt; sollte er irrig glauben, er sei nicht juristischer Besitzer, so hat er darüber hinaus den Willen, es zu werden: stets aber ist sein Wille das gerade Gegentheil des animus non possidendi[46]). Demgemäß hat der gesunde Tact der Römer es schlechthin verneint, daß in der Anstellung der rei vindicatio ein Verzicht auf seinen Besitz liege.

L. 12 §. 1 D. de a. p. 41, 2:

Ulp. lib. 70. ad ed. Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum

45) Für den clam occupans gilt dies nur in sehr beschränktem Umfange. S. unten §. 1850 Ziffer 9 zu N. 14. Eben daselbst findet sich auch die Begründung für die hier vorausgesetzte recuperatorische Function des Uti possidetis.

46) v. Savigny a. a. O. Vgl. auch Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses §. 22 N. 18, der den Satz zur Anwendung bringen will, daß bei den Behauptungen, die in einem frühern Processe aufgestellt sind, der animus confitendi nicht zu vermuthen sei.

Uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit[47]).

Gilt dies jedoch von dem Falle, wo auch die rei vindicatio rechtlich begründet war, so muß es um so mehr da gelten, wo sie nicht begründet war.

Noch weniger vermag die Anstellung der rei vindicatio ein an sich begründetes Unde vi auszuschließen: dieses setzt ja, ebenso wie jene Klage, voraus, daß der Kläger nicht Besitzer ist. Selbst dann also, wenn in der Anstellung jener Klage ein Verzicht auf den gegenwärtigen Besitz läge, würde dieser Verzicht dem Unde vi nicht entgegenstehen. Daß aber der Vindicant nicht auf den Wiedererwerb des Besitzes verzichtet, versteht sich von selbst; und endlich liegt schlechterdings kein Grund vor, in der Anstellung der Vindication einen Verzicht auf das remedium recuperandae possessionis als das Mittel der auch durch die Vindication angestrebten Wiedererlangung des Besitzes zu finden[48]).

47) Wahrscheinlich war sogar die Erbittung des interdictum retinendae possessionis innerhalb derselben Prätur statthaft, in welcher die rei vindicatio ertheilt worden war. Die exceptio litis residuae nämlich wollte nach Gai. IV, 122 verhüten, daß Processe, die gleichzeitig mit dem anhängig gemachten hätten angebracht werden können, ad alios iudices irent; ein ire ad eosdem iudices aber war bei der Erbittung eines prohibitorischen Interdictes nothwendig ausgeschlossen; denn hier konnte es unter keinerlei Umständen sogleich zur Geschwornenbestellung kommen.

48) Auch hier kommt m. E. die exceptio litis residuae nicht in Betracht. Zwar kann es hier, bei einem restitutorischen Interdicte, auf Verlangen des Impetraten sofort zur Bestellung eines Geschwornen kommen; allein dies ist ein arbiter, dessen Bestimmung zunächst der Vereinbarung der Parteien zusteht, in deren Ermanglung aber vom Magistrate nach dessen Ermessen geschieht: auf ein ire ad eundem iudicem, vor dem die Vindication schwebt, würde mithin einerseits doch

L. 18 §. 1 h. t.:

Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto Unde vi potuit experiri, pendente iudicio nihilo minus interdicto recte agere placuit.

Wird die Besitzklage vor dem nämlichen Gerichte angebracht[49]), bei dem die Vindication anhängig ist, ohne daß der Kläger diese fallen läßt[50]), so ist es Sache der richterlichen Proceßleitung, ihre Verhandlung bis zur Entscheidung des Besitzstreites hinauszuschieben[51]). Im classischen Rechte war es stets der Magistrat, dem diese Aufgabe zukam, da über jede der beiden Klagen ein besonderes Geschworenengericht urtheilte[52]). Nach dem Untergange der alten Gerichtsverfassung urtheilte in beiden Klagen bald der Magistrat, bald ein iudex dele-

---

nicht zu rechnen sein, anderseits aber würde es immerhin möglich bleiben.

49) Im classischen Rechte war für die rei vindicatio wie für die Besitzklagen electiv das forum domicilii und das forum originis des Beklagten zuständig; für das Unde vi concurrirte die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi mit derjenigen des Prätors. Nach l. un. Cod. ubi de poss. 3, 16 v. J. 366 ist für das interdictum retinendae possessionis wie für das Unde vi daneben das forum rei sitae zuständig geworden (Thl. I dieser Serie des Commentars §. 1833 Ziffer 2 N. 36 S. 18); nach l. 3 Cod. ubi in rem 3. 19 v. J. 385 dasselbe Forum für die Eigenthumsklage. Nach CPO. §. 25 ist für Klagen über Eigenthum und Besitz von Grundstücken der letztgenannte Gerichtsstand ausschließlich.

50) Unter welchen Voraussetzungen er das kann, ist hier nicht zu untersuchen. S. darüber Buchka, die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß Thl. 2 S. 102 ff., Wetzell a. a. O. §. 46 zu N. 7, und für das heutige Recht CPO. §. 243.

51) L. 13 Cod. de R. V. 3, 32. L. 3 Cod. de interd. 8, 1. l. 1 Cod. uti poss. 8, 6. Wetzell a. a. O. §. 64 zu N. 27 f.

52) Abgesehen etwa von der N. 48 a. E. erwähnten Möglichkeit.

gatus; der letztere aber konnte nach dem Verschwinden des Interdictenverfahrens für beide derselbe sein: und wenn er es war, so lag die Anordnung der geeigneten Reihenfolge der Verhandlungen in seiner Hand. Constantin verbot nun bei richterlicher Strafe den Parteien, für einen Besitzstreit, der gleichzeitig mit einem Eigenthumsstreite vor den nämlichen Magistrat gebracht war, einen andern Richter zu erbitten, als für diesen;[53]) und im Sinne dieser Vorschrift wies der Magistrat gewiß auch den Besitzstreit, welcher erst angestellt wurde, nachdem der Eigenthumsstreit bereits anhängig war, an den für den letztern ernannten Richter; dann fiel diesem auch hier das Weitere zu.

16. Schon Sabinus hatte verlangt, daß in allen Fällen, wo ein Interdict durch den Ablauf des ihm gesetzten annus utilis unwirksam geworden war, eine Klage auf die Bereicherung des Gegners ertheilt werde.

L. 4 D. de interd. 43, 1:

(*Paul.* lib. 67. ad ed.) Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum *Sabinus* respondit.

Demgemäß verhieß das julianische Edict wegen einer ohne Waffen erfolgten Dejection nach Jahresfrist eine actio in factum.

Vat. fragm. §. 312:

Dioclet. et (*Maxim.* et) *Constant.* (et *Galer.*) a. 293. — aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit, nec annus excessit, interdicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tem-

53) L. 3 Cod. Theod. de iud. 2, 18 = l. 10 Cod. Just. eod. 3, 1 v. J. 325. Vgl. dazu Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 36 ff.

pus finitum *est*, *ad* formulam promissam, quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examinata, iure praeses provinciae sententiam ferre curabit.

Auf eben dieſe, für den Fall der Entkräftung des Interdictes durch Ablauf des Jahres verheißene, actio weiſet auch ein anderes Reſcript derſelben Kaiſer hin, die bereits oben S. 22 mitgetheilte l. 17 Cod. de A. E. et V. 4, 49.

Ohne Zweifel ſteckt die Zuſage dieſer formula oder actio promissa in den letzten Worten des Edictes de vi, welches in l. 1 pr. h. t. in ungeſchickter Umgeſtaltung wiedergegeben wird. Es heißt dort nämlich:

post annum, de eo, quod ad eum, qui deiecit, pervenerit, iudicium dabo.

Dieſen Zeugniſſen gegenüber rechtfertigt l. 7 §. 5 D. comm. div. 10, 3[53a]) ſchwerlich die Behauptung, es ſei die Klage des Dejicirten auf die Bereicherung des Dejicienten in die Form des Interdictes gekleidet worden.[53b]) Jene Stelle begründet die Unſtatthaftigkeit der actio communi dividundo für den iniustus possessor damit, daß gegen ihn in jedem Falle ein beſonderer Rechtsbehelf auf Herausgabe ſeines Beſitzes ertheilt werde: ſie konnte alſo nicht füglich umhin, unter den von ihr aufgezählten Rechtsbehelfen derart auch das interdictum de vi armata anzuführen, welches in der That eine zeitliche Beſchränkung nicht enthielt. Erwähnte ſie daneben auch den Rechtsbehelf, der im Falle der Bereicherung durch vis non armata

53a) (Ulp. lib. 20. ad ed.) Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium (sc. communi dividendo) dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi etc.

53b) So Schmidt, Interdiktenverfahren S. 121.

nach Verjährung des interdictum de vi non armata statt-fand, so mußten die Compilatoren, für die es ja nur eine einzige actio ex causa interdictorum de vi gab, beide Aeußerungen verschmelzen. Das aber haben sie gethan, indem sie durch einige Striche den vorliegenden Text her-stellten: in ihrem Sinne ist ja unter interdictum nichts Anderes gemeint, als eine actio in factum. In ent-sprechender Weise haben sie auch in l. 3 §. 12 h. t. die Ausgleichung der beiden Interdicte de vi bewerkstelligt[53c]).

Während sonst bei Interdicten dem wirklichen pervenire gleichgestellt ist ein dolo malo fecisse, quo minus perveniret, kann hier von solcher Gleichstellung nicht wohl die Rede sein: durch sie würde in der That die Beschränkung des Interdictes auf ein Jahr nahezu be-deutungslos. Anders ist es mit der Haftung für dolo malo possidere desiisse: dieses gilt dem pervenisse gleich.

Der 30jährigen Klagverjährung unterliegt selbstver-ständlich auch diese Klage.

17. Die Erben wie sonstige Universalsuccessoren des Dejicirten haben wegen seiner Dejection das Interdict in dem nämlichen Umfange, in welchem er selbst es hätte gebrauchen können, einer von mehreren pro parte here-ditaria.[54])

53c) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 b Ziffer 80 S. 520 f.

54) Die Rückgabe des entzogenen juristischen Besitzes und die Ersatzleistung in Gelde sind quotenweis theilbar. Doch kann das Interdict insofern auf eine untheilbare Leistung gehen, als es die Rückgabe solcher beweglichen Sachen umfaßt, die sich in der bloßen Detention des Dejicirten befunden haben. S. oben Ziffer 13 S. 119 Und hier bleibt der Dejicient jedem der mehreren Erben des Dejicirten auch dann in soli-dum verpflichtet, wenn an die Stelle der körperlichen Rück-gabe Ersatzleistung in Gelde tritt: die strenge Haftung, welche

L. 1 §. 44 h. t.:

Hoc interdictum et heredi et ceteris successoribus competit.

Selbstverständlich bezeichnete das Interdict in diesem Falle als Voraussetzung seines Restitutionsbefehles die Dejection des Erblassers.[54a]) Ebenso selbstverständlich ist es, daß das Interdict in dieser Anwendung adipiscendae possessionis ist.[54b])

Passiv dagegen vererbt das Interdict nicht. Wohl aber wird gegen die Universalsuccessoren des Dejicienten soweit ein actio in factum gegeben, als infolge der Dejection etwas an sie gelangt oder vermöge ihrer eignen Arglist nicht gelangt ist.

L. 1 §. 48 h. t.:

Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit

L. 2 h. t.:

Paul. lib. 65. ad ed. dolove malo eorum factum est, quo minus perveniret.

L. 2 i. f. Cod. h. t.:

Dioclet. et ***Maxim.***: — et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit.

---

das Unde vi ihm auferlegt, kann durch zufällige Umstände nicht gemildert werden. Vgl. oben Ziffer 13 zu N. 31ª S. 120 ff. und Ubbelohde, die Lehre von den untheilbaren Obligationen §. 12 S. 87.

54) Rudorff, de iuris dictione edictum §. 241 n. 4 i f. S. 214, nennt es deshalb utile. Mit gleichem Fug indessen müßte man alle actiones in factum, welche die condemnatio von einem Vorgange hinsichtlich der Person des Erblassers abhängig machen, in ihrer Anwendung für die Erben utiles nennen; nicht minder auch die actiones in ius conceptae, welche in demonstratio oder praescripta verba ein für den Erblasser begründetes Verhältniß angeben: für alles dies jedoch fehlt m. W. jedes Zeugniß.

54b) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 151.

Wie bei der Haftung des Erben aus Delicten des Erblassers überhaupt bestimmt sich auch hier der Umfang der Haftung nach dem Betrage, qui semel ad heredem pervenit, ohne Rücksicht auf den Fortbestand der Bereicherung im Augenblicke der Litisconteſtation.[55])

Die gleiche Haftung gilt auch für die Erben dessen, der sich einer vis armata schuldig gemacht hat.

L. 3 pr. h. t.:

Ulp. lib. 69 ad ed. Quod est et si quis armis deiectus est, quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur: sufficit enim non in lucro versari eum heredem, non etiam damnum subire.

Und zwar ist diese Klage perpetua, weil sie nicht Ersatz für eine rechtswidrige Handlung bezweckt, sondern nur auf Rückgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geht.[56])

L. 3 §. 1 h. t.:

Haec actio, quae adversus heredem ceterosque successores pertinet, perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur.

Weil die Haftung des Erben nicht aus der Handlung des Erblassers als solcher entspringt, sondern lediglich aus der infolge jener Handlung an ihn gelangten Bereicherung, so bestimmt sich auch die Haftung des einzelnen von mehreren Erben nicht nach dem Verhältnisse seines Erbtheils zu der an sämmtliche Erben gelangten Bereicherung, sondern einfach nach dem Maße dessen, was gerade an ihn gelangt ist. Ob etwas und wie viel etwa

55) S. die Stellen in N. 78 S. 85.

56) In diesem Sinne ist hier die rei persecutio zu verstehen. Vgl. l. 3 §. 1 D. si quid in fraud. patr. 38, 5. Francke, Beiträge S. 3 f.

an die Miterben gelangt ist, das kommt nicht in Betracht.

L. 9 pr. h. t.:

Paul. lib. 65. ad ed. Si plures heredes sunt, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenerit, tenetur. qua de causa interdum in solidum tenebitur is,[57]) ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit.

§. 1848a.

β. Das interdictum de vi armata.

1. Die Fassung dieses Interdicts zu Ciceros Zeit läßt sich mit voller Sicherheit aus dessen Rede pro Caecina v. J. 685 d. St.[1]) herstellen, welche sich auf eine actio aus diesem Rechtsbehelfe bezieht. Sie lautete nach Lenel:

Unde tu aut familia aut procurator tuus[2]) illum vi[3])

---

57) Mommsen will hier einschalten: qui ex parte tantum heres est: nempe in solidum tenebitur is. Nöthig scheint mir diese Einschaltung nicht; auch stimmt sie m. E. kaum zu der knappen Ausdrucksweise des Paulus.

1) S. Drumann, Geschichte Roms nach Geschlechtern Bd. 5 S. 336 f., wonach sie ins Jahr 69 oder 68 v. Chr. fällt.

2) pro Caec. 19, 55: hoc ipsum interdictum — consideremus. — Unde tu aut familia aut procurator tuus etc.

3) pro Caec. 14, 41: Queramur, inquit, licet: tamen hoc interdicto Aebutius non tenetur. Quid ita? Quod vis Caecinae facta non est. Dici in hac causa potest —, ibi vim non fuisse? — tu vim negabis factam —? — 15, 42: — non dubium —, quin maior adhibita vis ei sit, cuius animus sit perterritus, quam illi, cuius corpus vulneratum sit. §. 43: Quod si vi pulsos dicimus exercitus esse, qui metu — fugerunt, — quae vis in bello appellatur, ea in otio non appellabitur? — §. 44: — his vis adhibita non videbitur? — Quid metuebant? Vim videlicet. — ibi vis facta negabitur? 16, 45: — Scire esse armatos satis est, ut vim factam probes —. Adspectus armatorum

hominibus coactis[4]) armatisve[5]) deiecisti,[6]) eo restituas.[7])

Eine ältere Faſſung gebrauchte nach Ciceros Bericht ſtatt deicere den Ausdruck detrudere,[8]) der auch in

---

ad vim probandam valebit —. §. 46: — dubitare vos non debuisse, quin Caecinae facta vis esset. — videte, ne hoc vos statuatis, qui vivus discesserit, ei vim non esse factam. — §. 47: pertenuis vis intelligi debet. — magna vis est. — 17, 48: — Potes igitur dicere non ei vim fuisse impedimento —? §. 49: Jam vim factam negare non potes.

4) pro Caec. 21, 59: Perge porro hoc idem interdictum sequi: hominibus coactis. S. auch 9, 23 sq.; 13, 38 (oben S. 8 N. 8.)

5) l. c. §. 60: Armatisve. S. auch 9, 23 sq. 13, 38 (vor. Note).

6) pro Caec. 30, 88: Unde deiecisti. Vgl. 13, 36 i. f. — „Unde deiectus?“ — deici — nullo modo potuisse —. §. 37: Deicior ego, inquis. 17, 49: — deiectus quem ad modum sit —, quaeritur. §. 50. 23, 64: Venio nunc ad illud tuum: „Non deieci.“

7) pro Caec 30, 88: Hoc enim intelligitur: Unde deiecisti, sive ex quo loco sive a quo loco, eo restituas.

8) Cic. pro Caec. 17, 49: Quid? detrusum dicesne? Nam eo verbo antea praetores in hoc interdicto (sc. de vi armata) uti solebant etc. 16, 47: — deiectus detrususque sum. Vgl. l. 4 §. 26 (27) D. de usurp. 41, 3 (Paul. lib. 54. ad ed.): — nec de via quis (id est mero iure,) detruditur in Beziehung auf das Verbot der usucapio von res vi possessae, alſo ſchwerlich Anſpielung auf einen formularmäßigen Gebrauch des Wortes; und Cic. pro Quintio 27, 84: cognoscamus edictum. Qui ex edicto meo in possessionem venerint — dominum — invitum detrudere non placet — vor dem Edicte Quemadmodum in possessione esse oporteat (Lenel ed. perp. §. 213), cf. eod. 6, 28: Quintius interea contra ius, consuetudinem, edicta praetorum de saltu agroque communi a servis communibus detruditur.

der Nebenform des interdictum de vi non armata vorkam.[9]) Dieſer Ausdruck iſt wohl deshalb aufgegeben worden, weil er ausſchließlich auf ein Vertreiben durch unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt paßt,[10]) während man ſpäter auch ein Vertreiben durch Drohung mit ſolcher dem Interdicte unterwarf.

Auffallend erſcheint es, daß ſchon zu Ciceros Zeit die Formel unſers Interdicts auffeiten des Impetranten familia und procurator nicht erwähnte, da wir doch laut Ciceros wörtlicher Mittheilung des interdictum de vi non armata in der Rede für Tullius v. J. 683 d. St. erſehen, daß dieſes Interdict damals jene Erwähnung noch enthielt.[11]) Indeſſen iſt nach Ciceros klaren Worten nicht füglich daran zu zweifeln, daß ſie in dem Interdicte fehlte, welches der Prätor P. Dolabella dem A. Caecina gegen den S. Aebutius ertheilt hatte.

Pro Caec. 13, 37: Deicior ego, inquis, si quis meorum deicitur omnino. Jam bene agis. A verbis enim recedis et aequitate uteris. Nam verba quidem ipsa si sequi volumus, quo modo tu deieceris, quum servus tuus deicitur?

Es iſt alſo ein Verſehen, wenn Keller[12]) und Rudorff[13]) hinter illum die Worte einſchalten: aut familiam aut procuratorem illius.

---

9) Cic. pro Tullio 12, 29 (ſ. oben S. 78).

10) Cic. pro Caec. 17, 49: potestne detrudi quisquam, qui non attingitur? Nonne, si verbum sequi volumus, hoc intelligamus necesse est, eum detrudi, cui manus adferantur? Necesse est, inquam, si ad verbum rem volumus adiungere, neminem statui detrusum, qui non adhibita vi manu demotus et actus praeceps intelligatur. Huschke analecta litt. p. 142.

11) pro Tullio 19, 44 (ſ. oben S. 4 f).

12) L. c p. 324 sq.

13) De iuris dictione edictum §. 242.

Freilich ist es sehr begreiflich, daß diese Worte als völlig überflüssig aus der Formel des Interdictes weggeblieben, nachdem man zu der Ansicht gelangt war, in der Dejection der familia oder des Procurators liege die Dejection des dominus selbst.[14]) Allein wie der nämliche Prätor, der, von dieser Ansicht ausgehend, die kritischen Worte in das interdictum de vi armata nicht aufnahm, sie gleichwohl im interdictum de vi non armata stehen lassen mochte, das wird m. E. auch durch die Annahme nicht begreiflich, jenes Interdict sei erst später proponirt worden, als das andere, und zwar zu einer Zeit, als diese Ansicht von der mehr fortgeschrittenen Jurisprudenz bereits entwickelt worden war[15]): unterlag doch auch ein von den Amtsvorgängern seit langeher übernommener Rechtsbehelf bis in seine Einzelheiten hinein bei Aufnahme in das eigne Edict immer der Kritik des Prätors, der ihn von neuem proponiren wollte.

Man hat freilich ein Zeugniß für die spätere Entstehung des interdictum de vi armata in einer Aeußerung Ciceros zu erblicken geglaubt.[15a]).

Pro Tullio 20, 46: Age illud alterum interdictum consideremus, quod item nunc est constitutum propter eandem iniquitatem nimiamque hominum. . . . .

Allein Cicero sagt mit diesen Worten gar nicht, daß das interdictum de vi armata erst jetzt aufgestellt sei; er sagt vielmehr, dieses Interdict, das ebenfalls noch bestehe (nämlich ebenso, wie das interdictum de vi non ar-

14) S. oben §. 1848 Ziffer 5 S. 36 zu N. 28.
15) So Lenel ed. perp. §. 245 unter 2 N. 2 S. 375.
15a) Keller, semest. I p. 324 und p. 327 n. 6. Kniep, vacua possessio I S. 361f. N. 4. Pflüger, die sogenannten Besitzklagen S. 38 zu N. 103.

mata, von dem er unmittelbar vorher[15b]) gesagt hatte, es bestehe noch), sei aufgestellt wegen der Unbill der Zeitläufte.[15c]) Nun mag er unter dieser Unbill immerhin dieselbe gemeingefährliche Zuchtlosigkeit meinen, welche nach seiner Angabe[15d]) den Prätor M. Lucullus veranlaßt hat, i. J. 678, also etwa vier Jahr vor der Rede pro Tullio, die actio vi bonorum raptorum zu proponiren. Allein aus diesem Umstande folgt nicht, daß beide Rechtsbehelfe annähernd gleichaltrig seien. Die actio vi bonorum raptorum auf das Vierfache ist eine viel strengere Klage, als das auf einfachen Schadensersatz gerichtete interdictum de vi armata; schon hiernach muß letzteres als der ältere Rechtsbehelf gelten; und es steht in der That nichts im Wege, ihn für erheblich älter zu halten.

Auch aus der lex agraria v. J. 643 ist nichts über das Altersverhältniß der beiden interdicta de vi zu entnehmen. Das Gesetz[15e]) berücksichtigt denjenigen frühern Inhaber eines in Privateigenthum verwandelten Stückes

---

15b) pro Tull. 19, 44: Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est etc.

15c) Es ist m. a. W. zwischen nunc est und constitutum ein Komma zu setzen.

15d) Cf. pro Tull. 4, 8, wo von der actio vi bonorum raptorum gesagt ist: Quum omnes leges omniaque iudicia, quae paullo graviora atque asperiora videntur esse, ex improborum iniquitate et iniuria nata sunt, tum hoc iudicium paucis hisce annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est. Nam quum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis armatae esse caedesque facere, quumque ea res non solum ad res privatorum, sed ad summam rem publicam pertinere videretur, M. Lucullus, qui summa aequitate et sapientia ius dixit, primus hoc iudicium composuit etc.

15e) Lex agr. v. 18 (s. oben S. 4).

vom italiſchen ager publicus, der mittels des interdictum de vi non armata den frühern Beſitz zurückerlangen kann, ſchweigt jedoch vom interdictum de vi armata. Allein daraus folgt nicht, daß dieſes damals noch nicht proponirt war. Denn das Geſetz wollte eben nur einen frühern juriſtiſchen Beſitzer berückſichtigen, und begreiflicherweiſe auch nur einen ſolchen, deſſen Beſitz gegenüber dem gegenwärtigen Beſitzer fehlerlos war. Noch zu Ciceros Zeit aber gehörte früherer juriſtiſcher Beſitz des Dejicirten zu den Vorausſetzungen des interdictum de vi armata nicht[15f]), und niemals hat dieſes Interdict die exceptio vitiosae possessionis aufgenommen.

Eben der Umſtand jedoch, daß das interdictum de vi armata ehemaligen juriſtiſchen Beſitz des Impetranten nicht erforderte, macht es höchſt unwahrſcheinlich, daß es jünger ſei, als das interdictum de vi non armata, das von vornherein nur dem dejicirten Beſitzer zuſtand, — um ſo unwahrſcheinlicher vollends, als demnächſt die Vorausſetzung des frühern juriſtiſchen Beſitzes beim Impetranten auch in das interdictum de vi armata übertragen worden iſt: bei höherm Alter des interdictum de vi non armata wäre dieſe Behandlung des juriſtiſchen Beſitzes im interdictum de vi armata eine Entwickelung der ſeltſamſten Art geweſen. Uebrigens fehlt es auch nicht an einem gewichtigen innern Grunde dafür, daß der Prätor ſich veranlaßt ſah, gegen vis armata einzuſchreiten, bevor noch die Vorſtellung des juriſtiſchen Beſitzes entſtanden war[16]).

Anderſeits bemerkt Cicero in der Rede für den Tullius ausdrücklich, das von ihm im Wortlaute hier mitgetheilte interdictum de vi non armata ſei noch im Augenblicke dieſer Mittheilung dasſelbe, wie es ehedem

15f) Siehe unten Ziffer 3 nach N. 47.
16) S. unten §. 1852 Ziffer 3 zu N. 34.

gelautet habe: fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est. Allerdings ist dies insofern nicht auf den Buchstaben genau zu nehmen, als wir wissen, daß noch im Jahre 643 d. St., also vierzig Jahre vor jener Rede, das Interdict nicht von deicere sprach, sondern von eicere[17]). Allein wie Cicero hier ohne weiteres den seiner Zeit üblichen Ausdruck gebraucht, so würde er sicherlich auch die Fassung ohne Erwähnung der familia und des procurator auffeiten des Impetranten gewählt haben, wenn diese Fassung damals schon im Edicte gestanden hätte.

So bleibt demnach kaum eine andre Annahme übrig, als daß in der kurzen Zeit, welche zwischen den Reden für Tullius und für Caecina liegt, die entscheidende Aenderung in der Fassung beider Interdicte de vi eingetreten sei. In der That ist es nicht füglich statthaft, den angeführten Satz der Rede pro Caec. (13, 37), der ganz im allgemeinen von deicere ohne irgend welchen Bezug auf ein armis oder hominibus armatis coactisve redet, ausschließlich vom interdictum de vi armata zu verstehn: das a verbis recedere, welches darin liegt, daß die Dejection des Impetranten auch in der Dejection seines Detentors erblickt wird, muß danach in gleicher Weise beim interdictum de vi non armata vorausgesetzt werden.

Keller[18]) und Rudorff[19]) schieben hinter dem Worte deiecisti die Clausel ein: qua de re agitur. Keller meint, die Zweckmäßigkeit dieser in rechtlichen Formeln so überaus häufig angewendeten Clausel[20]) ergebe sich für unser

17) S. oben Ziffer 1 zu N. 7 S.

18) L. c. p. 296 sqq.

19) A. a. O. N. 5.

20) Cic. pro Mur. 13, 28: neque tamen quidquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim quo de re agitur addere. Brut. 79, 275: qua de re agitur autem illud,

Interdict daraus, daß das Grundstück, aus welchem Impetrant dejicirt zu sein behaupte, gar nicht besonders bezeichnet, sondern nur mit den unbestimmten Ausdrücken Unde und eo angedeutet werde. Es habe sich also empfohlen, durch jene Clausel das Interdict auf den wirklichen Gegenstand des Streites zu beschränken. Aber würde in der That durch jene Clausel das Unde und demzufolge auch das eo genauer bestimmt worden sein, als es an sich ist? Nun jedoch fehlte sie bekanntlich in vielen Interdicten, ohne daß wir zu ersehen vermögen, aus welchem Grunde sie hier nicht ebenso wie in anderen stattfand[21]). Unter diesen Umständen werden wir gemäß dem völligen Schweigen unserer Nachrichten anzunehmen haben, daß sie im Unde vi nicht vorkam[22]). Jedenfalls kann Cic. pro Caec. 28, 83[23]) nicht, wie Rudorff meint, als Beleg für ihre Einstellung in unser Interdict gelten, — um so weniger, als sie im interdictum de vi non armata zweifellos fehlte. Und doch erscheint in diesem das Unde und das eo mittels der Worte: cum ille possideret durchaus nicht näher bestimmt, als es durch die Behauptung des Impetranten geschehen ist, aus einem gewissen Grundstücke vonseiten des Gegners dejicirt worden zu sein. Denn das Besitzverhältniß, in welchem der Impetrant zu jenem Grundstücke gestanden zu haben angiebt, ist eben keine Bezeichnung des Grundstücks selbst.

---

quod multis locis in iurisconsultorum includitur formulis et ubi esset videbat.

21) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838 Ziffer 35 S. 37.

22) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 227 N. 14. Lenel, ed. perp. S. 375 N. 7.

23) Si ad interdicti sententiam confugis et de quo fundo actum sit tum, quum Aebutius restituere iubebatur, id quaerendum esse dicis etc.

Heißt es doch auch zudem nicht einmal: quod ille possideret, ſondern cum ille possideret.

In der ſpätern Faſſung des interdictum de vi armata iſt, wie in derjenigen des interdictum de vi non armata die Erwähnung des procurator auf impetratiſcher Seite weggefallen[24]). Und umgekehrt iſt mit Rückſicht darauf, daß der Impetrant für die ohne ſein Vorwiſſen und ohne ſeine nachträgliche Genehmigung von ſeiner familia verübte Dejection nur mit der Maßgabe der Befugniß zur noxae datio haften ſollte, hier wie dort das Prädicat: deiecit beigefügt[25]).

L. 3 §. 12 init. h. t. legt in den Worten:

Hoc interdictum etiam adversus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur etc.

die Vermuthung nahe, es ſei im julianiſchen Edicte dem „deiecisti“ noch ein „dolove malo fecisti, quo deiceretur“ beigefügt geweſen. Indeſſen hat Lenel[26]) jene Vermuthung wohl mit Recht abgewieſen. Wenn nämlich gemäß der in l. 3 cit. §§. 10 sq. gegebenen Auslegung des „deiecisti“ dieſer Ausdruck auch die durch den procurator oder die familia auf Geheiß oder unter Genehmigung des Impetraten verübte Dejection umfaßt, ſo darf man gewiß auch §. 12 als Interpretation des Wortes „deiecisti“ gelten laſſen. Dem ſteht auch nicht etwa, wie Kniep[26a]) meint, das „proponitur“ entgegen. Ulpian ſagt: die edictsmäßige Faſſung des Interdicts reicht aus, den Impetraten unbedingt haftbar zu machen, wenn er die von Dritten mit Waffen verübte Dejection dolo malo veranlaßt hat.

---

24) L. 3 §. 10 h. t. (ſ. oben §. 1848 Ziffer 9 S. 81).

25) S. oben §. 1848 Ziffer 10 S. 88.

26) Ed. perp. §. 245 S. 376.

26a) Vacua possessio S. 381 nach N. 2.

Hat sich der Restitutionsbefehl zu Ciceros Zeit vielleicht[27]) auf das eo restituas beschränkt, so ist er später, wie beim interdictum de vi non armata, sicherlich auch auf das: quae ille tunc ibi habuit gegangen. Jedenfalls mußte auch bei unserm Interdict der Dejicient die beweglichen Sachen erstatten, welche der Impetrant infolge der Dejection eingebüßt hatte.

L. 14 h. t.:

Pomponius lib. 29 ad Sabin. Sed si vis armata deiectus es, sicut ipsum fundum recipis, etiamsi vi aut clam aut precario eum possideres, ita res quoque mobiles omnimodo recipies.

Demnach wird im julianischen Edicte unser Interdict so gelautet haben:

Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

2. Hinsichtlich des Gegenstandes gilt für unser Interdict genau dasselbe, wie für das interdictum de vi non armata. Ebenso ist der Begriff des deicere für beide Interdicte völlig der gleiche; alle Erweiterungen, welche dieser Begriff im Laufe der Zeit erfahren hat, gelten übereinstimmend für beide.

Während jedoch das interdictum de vi non armata durch jede gewaltsame Dejection begründet wurde, setzte das interdictum de vi armata ein deiecisse hominibus coactis armatisve voraus.

Aus dem Commentare Ulpians zu diesem Erfordernisse haben die Compilatoren nur die Erörterung

27) In Beziehung auf diesen Punct scheint mir das argumentum a silentio aus Cic. pro Caec. 30, 88 (oben S. 139 N. 7) mindestens nicht zwingend: im Falle Caecinas kam es auf Weiteres nicht an, als auf die Restitution hinsichtlich des Grundstücks selbst. S. oben §. 1848 Ziffer 13 S. 116 f.

über den Begriff von homines armati aufgenommen, der zu ihrer Zeit praktiſche Bedeutung zwar nicht mehr für das interdictum de vi hatte, wohl aber für die accusatio de vi publica[28]). Die Erläuterung dagegen zu den Interdictsworten hominibus coactis iſt in der Compilation übergangen, weil ſie völlig bedeutungslos geworden war. Nur ein Reſt dieſer Erläuterung hat ſich erhalten als l. 5 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7:

Ulp. lib. 69. ad ed.: Si quis aliquem deiecit ex agro suo hominibus congregatis sine armis, vis privatae postulari possit.

Dagegen iſt uns in Cic. pro Caec. 21, 59 eine Erläuterung zu hominibus coactis aufbewahrt.

Perge porro hoc idem interdictum sequi: hominibus coactis. Neminem coegeris: ipsi convenerint sua sponte. Certe cogit is, qui congregat homines et convocat: coacti sunt ii, qui ab aliquo sunt unum in locum congregati. Si non modo convocati non sunt, sed ne convenerunt quidem, sed ii modo fuerunt, qui etiam antea, non vis ut fieret, verum colendi aut pascendi causa esse in agro consuerant, defendes homines coactos non fuisse, et verbo quidem superabis me ipso iudice, re autem non consistes ullo iudice. Vim enim multitudinis restitui voluerunt, non solum convocatae multitudinis, sed, quia plerumque, ubi multitudine opus est, homines cogi solent, ideo de coactis compositum interdictum est: quod etiam si verbo differre videbi-

28) §. 6 i. f. J. de interd. 4, 15: — qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Julia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intellegimus, sed et fustes et lapides.

tur, re tamen erit unum et omnibus in causis idem valebit, in quibus una atque eadem causa aequitatis.

Zum Begriffe der homines coacti ist also ein Zusammenbringen derselben nicht erforderlich; es genügt, wenn mehrere Menschen zwecks Verübung der vis gemeinschaftlich thätig geworden sind.

Ueber den Begriff der homines armati ist uns aus Ulpians Edictscommentar Folgendes überliefert:

L. 3 §§. 2—11 h. t.:

§. 2. Armis deiectum quomodo accipimus? arma sunt omnia tela, hoc est et fustes et lapides, non solum gladii hastae frameae, id est rhomphaeae[29]). §. 3: Plane et si unus vel alter fustem vel gladium tenuit, armis deiectus possessor videtur. §. 4: Plus dicitur, et si inermes venerant, si in ipsa concertatione qui inermes venerant eo processerunt, ut fustes aut lapides sumerent, vis erit armata. §. 5: Qui armati venerant, et si armis non sunt usi ad deiciendum, sed deicerunt, armata vis facta esse videtur: sufficit enim terror armorum, ut videantur armis deiecisse. §§. 6 und 7 (s. oben S. 49), §. 8 (s. oben S. 59), §. 9 (s. oben S. 100), §. 10 (s. oben S. 81), §. 11 (s. oben S. 81).

Als Waffen gelten danach nicht nur solche Werkzeuge, welche zwecks der Anwendung zum Angriffe angefertigt worden sind, wie Schwerter, Lanzen, Spieße, sondern auch Knittel und Steine. Cicero rechnet auch Erdklumpen, Rasenstücke, Zweige dahin, überhaupt jeden

29) Die Worte: id est rhomphaeae sind nach Mommsen ein Zusatz, den die Byzantiner den Glossaren entnommen haben. Die Bedeutung des Ausdrucks ist übrigens nicht sicher. Nach Liv. 31, 39 sind rhomphaeae lange Wurfspieße, nach Isidor. Orig. 18, 6, 3 zweischneidige Schwerter: Framea vero gladius ex utraque parte acutus, quam vulgo spatham vocant. Ipsa est et romphea.

Gegenstand, der geeignet ist, als mechanisches Werkzeug Leib und Leben eines Dritten zu gefährden[30]). Anderseits aber müssen wir auch bloße Schutzwaffen für aus-

30) Pro Caec. 21, 60: Armatisve. Quid dicemus? Armatos, si Latine loqui volumus, quos appellare vero possumus? Opinor eos, qui scutis telisque parati ornatique sunt. Quid igitur? Si glaebis aut saxis aut fustibus aliquem de fundo praecipitem egeris iussusque sis, quem hominibus armatis deieceris, restituere, restituisse te dicis? Verba si valent, si causae non ratione, sed vocibus ponderantur, me auctore dicito: vinces profecto non fuisse armatos eos, qui saxa iacerent, quae de terra ipsi tollerent, non esse arma caespites neque glaebas: non fuisse armatos eos, qui praetereuntes ramum defringerent arboris: arma esse suis nominibus alia ad tegendum, alia ad nocendum, quae qui non habuerint, eos inermes fuisse vinces. §. 61: Verum si quidem erit armorum iudicium, tum ista dicito: iuris iudicium quum erit et aequitatis, cave in ista tam frigida tam ieiuna calumnia delitiscas. Non enim reperies quemquam iudicem aut recuperatorem, qui tamquam si arma militis inspiciunda sint, ita probet armatum, sed perinde valebit, quasi armatissimi fuerint, si reperientur ita parati fuisse, ut vim vitae aut corpori potuerint adferre. Uebereinstimmend sagt Paulus in l. 9 D. ad leg. Jul. de vi publ. 48, 6 (lib. 9. ad ed.): Armatos non utique eos intelligere debemus, qui tela habuerunt, sed etiam quid (quidquid *scr.* M.) aliud nocere potest. Und ähnlich ist wohl zu verstehen seine Aufzählung R. S. V, 6, 4: aut fustium aut telorum aut armorum metu. Als Angriffswaffe überhaupt dagegen nimmt derselbe Jurist den Ausdruck tela in l. 11 §. 1 eod. (lib 5. sent. = Paul. R. S. V, 3, 3 = Collat. I, 13, 1): Telorum autem appellatione omnia, ex quibus singuli homines nocere (noceri *scr.* M.) possunt (R. S. V, 3, 3: saluti hominis noceri possit), accipiuntur. Gaius begreift in l. 233 §. 2 D. de V. S. 50, 16 (lib. 1. ad leg. XII tab. cf. §. 5 J. de publ. iud. 4, 18) unter telum immerhin nicht nur, quod ab arcu mittitur, sondern nicht minder omne, quod mittitur manu, darunter also auch Steine, Klötze, Eisenstücke, — dictum ab eo, quod in longinquum mittitur.

reichend ansehen, die damit Ausgerüsteten im Sinne unsers Interdictes zu armati zu machen. Enthält auch das in unserm Titel überlieferte Bruchstück des ulpianischen Commentars nichts davon, so bezeugt es doch Cicero[31]) in seiner Auslegung des bestrittenen Sinnes der Interdictsworte, ebenso

Gai. IV, 155 i. f.:

— armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intellegemus, sed et fustes et lapides.

und nicht minder l. 41 D. de V. S. 50, 16 aus Buch 21 des gajianischen Commentars zum Provinzialedicte, welches die actio vi bonorum raptorum behandelt. Hier heißt es:

Armorum appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat, sed et fustes et lapides.

Fast wörtlich übereinstimmend wiederholt dies in ausdrücklicher Beziehung auf das crimen der vis publica §. 6 i. f. J. de interd. 4, 15.[32]) Die auf den ersten Blick überraschende Thatsache, daß eine vis armata ohne Angriffswaffen mit bloßen Schutzwaffen möglich ist, findet ihre Rechtfertigung ohne Zweifel in der Erwägung, daß auch derjenige, der in solcher Weise ausgerüstet eine Dejection vornimmt, auf die Ueberwindung eines stärkern Widerstandes vorbereitet ist, als derjenige, der dabei weder Schutz- noch Trutzwaffen trägt.

Nach dem Wortlaute der l. 3 §. 2 h. t. cit.: Armis deiectum quomodo accipimus? möchte man vermuthen, die Fassung unsers Interdictes habe im julianischen Edicte gelautet: Unde tu illum armis deiecisti. Indessen

31) Pro Caec. 21, 60 init. et i. f. (s. vor. Note); 22, 62 init. (s. unten N. 33); 23, 64 i. f.

32) S. oben N. 28. Vgl. zu dieser Stelle Schrader in seiner Institutionenausgabe.

ſprechen die folgenden Paragraphen von Leuten, qui inermes venerunt (§. 3), und dann fortgeſetzt (§§. 4—8) von armati, während ſchließlich der procurator armatus (§ 10) und die familia armata (§. 11) erwähnt wird. Ulpian hat alſo in der That den Ausdruck hominibus armatis vor ſich gehabt, ſo daß Lenel[32a]) die Vermuthung ausſpricht, das „armis“ des §. 2 ſtatt eines „hominibus armatis“ ſei vielleicht auf Rechnung der Compilatoren zu ſetzen.

Uebrigens lag ſchon dann vis armata vor, wenn nur einer der mehreren Menſchen, welche die Dejection verübten, eine Waffe gehabt hatte (§. 3); ja nach §. 9 und §. 10 genügte es für jenen Begriff, wenn nur ein Einziger überhaupt aufgetreten war, ſofern dieſer bewaffnet geweſen.[33]) Auch war es keineswegs erforderlich, daß die

---

32a) Ed. perp. S. 375 N. 12.

33) Vgl. Cic. pro Caec. 22, 62 sq.: Atque ut magis intelligas, quam verba nihil valeant, si tu solus aut quivis unus cum scuto et gladio impetum in me fecisset atque ego ita deiectus essem, auderesne dicere, interdictum esse de armatis hominibus, hic autem hominem armatum unum fuisse? Non, opinor, tam impudens esses. Atqui vide, ne multo nunc sis impudentior. Nam tum quidem omnes mortales implorare posses, quod homines in tuo negocio Latine obliviscerentur: quod inermi armati iudicarentur, quod, cum interdictum esset de pluribus, commissa res esset ab uno: unus homo plures esse homines iudicarentur. §. 63: Verum in his causis non verba veniunt in iudicium, sed ea res, cuius causa verba haec ad interdictum coniecta sunt. Vim, quae ad caput ac vitam pertineret, restitui sine ulla exceptione voluerunt. Ea fit plerumque per homines coactos armatosque: si alio consilio, eodem periculo facta sit, eodem iure esse voluerunt. Non enim maior est iniuria, si tua familia quam si tuus villicus: non si tui servi quam si alieni ac mercenarii, non si tuus procurator quam si vicinus aut libertus

Waffen wirklich zur Anwendung gebracht worden waren; die Flucht aus bloßer Besorgniß vor ihrer Anwendung machte den Flüchtling zum vi armis deiectus (§. 5).

Unterlag der Eigenthümer gemäß unsrer Ansicht dem interdictum de vi non armata nicht, so findet sich unseres Wissens keine Spur davon, daß auch das interdictum de vi armata gegen ihn wirkungslos gewesen wäre. Vielmehr ergiebt sich aus Ciceros Rede pro Caecina mit größter Wahrscheinlichkeit, daß der Eigenthümer wegen einer mit Waffen verübten Dejection wie jeder Andere mit diesem Interdicte haftete. Caecinas Gegner, Aebutius, behauptet allerdings Eigenthümer des fundus Fulcinianus zu sein,[33a]) an dessen Betreten er jenen durch bewaffnete Leute verhindert hatte. Allein diese Behauptung verfolgt offenbar nur den Zweck, darzulegen, daß Caecina das streitige Grundstück nicht besessen habe, insofern sich mit ihr die weitere Behauptung verbindet, Caesennia, die Erblasserin Caecinas, die unbestritten jenes Grundstück verpachtet hatte, habe dies nicht als dessen Eigenthümerin gethan, sondern kraft des ihr daran zuständigen Nießbrauchs; und demgemäß habe Caecina auch kraft der Thatsache den Besitz des Grundstücks nicht erworben, daß ihm der Pächter der Caesennia die Pachtrechnung abgelegt hatte.[33b]) Hätte dagegen jene Berufung des Aebutius auf sein Eigenthum am fundus Fulcinianus

---

tuus: non si coactis hominibus quam si voluntariis aut etiam adsiduis ac domesticis: non si armatis quam si inermibus, qui vim armatorum haberent ad nocendum: non si pluribus quam si uno armato. Quibus enim rebus plerumque vis fit eius modi, eae res appellantur in interdicto. Si per alias res eadem facta vis est, ea, tametsi verbis interdicti non concluditur, sententia tamen iuris atque auctoritate retinetur.

33a) Cic. pro Caec. 7, 19.

33b) L. c. 32, 94.

bezweckt, die von ihm unumwunden zugestandene Vergewaltigung Caecinas[33c]) deshalb als gerechtfertigt (impune facta) darzustellen, weil sie eben vom Eigenthümer des streitigen Grundstücks verübt sei, so müßte es geradezu unbegreiflich erscheinen, daß Cicero nicht mit aller Entschiedenheit das Eigenthumsrecht des Gegners bestritten und daneben für den äußersten Fall versucht hätte, die Unerheblichkeit des impetratischen Eigenthums gegenüber dem interdictum de vi armata darzulegen. In der That hat Cicero diesen Versuch nicht einmal unternommen; das Eigenthum des Aebutius aber bestreitet er nur beiläufig und sichtlich nur aus dem Grunde, um es dem Caecina zuschreiben zu dürfen, damit dieser infolge davon als Besitzer gelten könne.

Die beiden ständigen exceptiones des interdictum de vi non armata, nämlich die exceptio annalis und die exceptio vitiosae possessionis, fanden im interdictum de vi armata nicht statt. Das Fehlen der erstern bezeugt ausdrücklich Cicero ad div. XV, 16, 3:

> postulabimusque, ex qua haeresi vi hominibus armatis deiectus sis, in eam restituare. In hoc interdicto non solet addi: in hoc anno.

Das Fehlen der zweiten exceptio bekundet Cicero pro Caec. 32, 92 sq.:

> Dupliciter homines deiciuntur, aut sine coactis armatisve hominibus aut per eius modi rationem atque vim. Ad duas dissimiles res duo deiuncta interdicta sunt. In illa vi cotidiana non satis est posse docere se deiectum, nisi ostendere potest, quum possideret, tum deiectum. Ne id quidem satis est, nisi docet, ita se possedisse, ut nec vi nec clam nec precario possederit. Itaque is, qui se restituisse dixit, magna voce

---

33c) Cic. pro Caec. passim, insbesondere 9, 24.

saepe confiteri solet se vi deiecisse, verum illud addit: „Non possidebat“ vel etiam, quum hoc ipsum concessit, vincit tamen sponsionem, si planum facit ab se illum aut vi aut clam aut precario possedisse. §. 93: Videtisne, quot defensionibus eum, qui sine armis ac multitudine vim fecerit, uti posse maiores voluerint?[34]) Hunc vero, qui ab iure, officio, bonis moribus ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa destitutum videtis, ut qui armatus de possessione contendisset, inermis plane de sponsione certaret etc.

Und für die julianische Edictsfassung bestätigt dies Gaius IV, 155:

Interdum tamen et si eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possederit, cogar ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem etc.

Gerade mit Rücksicht auf dieses Wegbleiben jener beiden im interdictum de vi non armata ständigen Exceptionen spricht Cicero wiederholt davon, daß das interdictum de vi armata sine ulla exceptione ertheilt werde.

Pro Caec. 8, 23: His rebus ita gestis P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis sine ulla exceptione.

22, 63: — Vim, quae ad caput ac vitam pertineret, restitui sine ulla exceptione voluerunt etc.

Keineswegs aber sind diese Aeußerungen so zu verstehen, als ob unser Interdict schlechthin jede exceptio ausgeschlossen hätte. Werden wir doch durch einen an-

34) Vgl. Cic. pro Tull. 19, 45 (s. oben §. 1848 Ziffer 1 S. 5).

dern Ausspruch desselben Cicero[35]) darüber unterrichtet, daß es gelegentlich eine exceptio des Inhaltes zuließ: Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris, — eine exceptio, deren Bedeutung uns alsbald näher beschäftigen wird.[36])

3. Nahezu allgemein wird jetzt angenommen, daß schon nach der Ansicht der späteren classischen Juristen das interdictum de vi armata mit Erfolg nur von dem dejicirten juristischen Besitzer habe benutzt werden können. Zwar darf diese Annahme nicht gestützt werden auf l. 1 §. 23 h. t.[37]):

> Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deici visus est, quam qui possidet.

Denn jene Stelle ist nicht nur aus der ulpianischen Erläuterung zum interdictum de vi non armata entnommen, sondern bezieht sich geradezu auf die lediglich in diesem Interdicte vorkommenden Worte: cum ille possideret[38]).

Ebenso wenig Beweiskraft hat aus gleichem Grunde l. 1 cit. §. 26 h. t.:

> Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipit[ur].

Wohl dagegen ergiebt sich m. E. aus der unbefangenen Betrachtung von Gai. IV, 154 sq., daß zur Zeit M. Aurels auch das interdictum de vi armata juristischen

35) Ad div. VII, 13, 2.
36) S. unten Ziffer 4.
37) Wie es z. B. von Huschke, analecta litteraria p. 165 geschieht.
38) S. oben §. 1848 Ziffer 3 S. 16 f.

Beſitz des Impetranten im Augenblicke der Dejection vorausſetzte.

Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi deiectus sit; nam ei proponitur interdictum, cuius principium est Unde tu illum vi deiecisti, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario [*ab eo*] *possederit*; — eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, inpune deicio. §. 155: Interdum tamen et si eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possederit, cogor ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem etc.

Nach dieſer Darſtellung erſcheinen beide interdicta de vi nur als Unterarten des nämlichen Rechtsbehelfs, nämlich eines interdictum reciperandae possessionis, welches dann ertheilt wird, wenn jemand aus dem Beſitze gewaltſam entſetzt worden iſt.

Dazu würde es dann allerdings kaum paſſen, wenn noch Ulpian, wie Kniep[39]) meint, unſer Interdict, etwa in der Faſſung „Unde tu illum vi hominibus armatis prohibuisti“, auch dem Eigenthümer ertheilt haben ſollte, der mit Waffengewalt an der Beſitznahme ſeines Grundſtücks verhindert worden war.

Indeſſen hat Kniep den Beweis ſeiner Behauptung nicht erbracht.

Ihre Hauptſtütze iſt l. 3 §. 8 h. t.:

Si autem, cum dominus veniret in possessionem, armati eum prohibuerunt, qui invaserant possessionem, videri eum armis deiectum.

39) Vacua possessio S. 379 ff.

Diese Stelle, meint Kniep, spreche nicht von jemanden, der in den von ihm innegehabten Besitz zurückkehre, sondern von einem Eigenthümer, der den Besitz des ihm gehörigen Grundstücks erst ergreifen wolle: werde er mit Waffen daran verhindert, so gelte er als dejicirt.

Nun aber setzt der natürliche Begriff der Dejection ohne Frage irgend ein thatsächliches Verhältniß des Dejicirten zu dem Grundstücke voraus, von dem er dejicirt wird. Seine Erstreckung auf jemanden, der in einem solchen Verhältnisse schlechterdings nicht steht, darf also nur dann als zulässig erscheinen, wenn ein ganz unzweideutiger Ausspruch sie gebietet. Als solchen jedoch vermögen wir unsre Stelle nicht anzusehen. Freilich wird venire in possessionem nicht selten von jemanden gesagt, der einen von ihm vorher noch nicht innegehabten Besitz erst ergreifen will[40]); allein damit ist keineswegs ausgeschlossen, daß es auch von jemanden gebraucht werden könnte, der sich zu einem bereits in seinem Besitze befindlichen Grundstücke begiebt[40a]), insbesondere dann, wenn dessen Besitz nur in einzelnen Verfügungshandlungen besteht: hier würde der Ausdruck „redire“ oder „reverti“ kaum ge-

40) Kniep a. a. O. S. 279 führt als Belege hierfür an l. 33 D. de a. p. 41, 2 (non recte emptor per se veniet in possessionem) und l. 1 §§. 1 und 3 D. ne vis fiat ei (frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret und Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum, qui possessione pulsus est, cum venisset in possessionem etc., wofür zu lesen ist: non tantum tenet, cum quis prohibuit etc. und sed etiam cum quis etc.).

40a) Aehnlich heißt in l. 3 §. 8 D. de a. p. 41, 2 von dem verwandten Falle, wo der abwesende Besitzer erfährt, sein Haus sei von Räubern besetzt: noluerit accedere.

eignet sein. Ganz gewiß aber nöthigt uns nichts, unter dem dominus in possessionem veniens gerade den Eigenthümer als solchen zu verstehen: dominus ist hier, wie in so vielen anderen Stellen[41]), derjenige, der Eigenthumsbesitz hat. So nennt ja l. 4 §. 27 D. de usurp. 41, 3[41a]) den frühern Besitzer, welcher den durch seine längere Abwesenheit verlorenen Besitz wieder einnehmen will, geradezu venientem dominum[41b]). Uebrigens erklärt sich die ganze Darstellungsweise des §. 8 durch dessen Zusammenhang mit dem unmittelbar Vorangehenden. In §. 7 nämlich ist gesagt, fliehe der Besitzer aus seinem Besitze, weil er höre, daß Bewaffnete kommen, so könne er nur dann als dejicirt gelten, wenn diese jenen Besitz occupiren. §. 8 behandelt nun den umgekehrten Hergang: der Besitzer kommt, um in seinen Besitz zu gehen; Bewaffnete, die in diesen Besitz eingebrochen sind, verhindern ihn am Betreten desselben; damit ist er dejicirt.

Noch weniger beweiset für Kniep l. 3 cit. §. 9 h. t.:

> Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti.

Kniep, der die Zeitbegrenzungen „sed hoc confestim, non ex intervallo“ und „non ex intervallo, sed

41) Z. B. l. 1 §. 22, l. 10, l. 12 h. t., l. 3 §. 8, l. 6 §. 1, l. 20, l. 21 §. 3, l. 33, l. 40 §. 1 D. de a. p. 41, 2; l. 12 D. quemadm. servit. 8, 6; auch *Cic.* pro Quint. 27, 84 (oben Ziffer 1 N. 8 S. 139). Aehnlich sagen l. 1 §. 24 h. t. und Paul. V, 6, 6 in Beziehung auf den Besitzer: de agro suo, ad fundum suum.

41a) Paul. lib. 54. ad ed.: Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse.

41b) Dies erkennt Kniep selbst an S. 460.

ex continenti als ungehörige Zuthaten zu Ulpians Worten ſtreicht,[42]) will den, qui cum armis venit, in Beziehung ſetzen zu dem dominus, den die §§. 8 und 10 der l. 3 cit. ausdrücklich nennen. Der Inhalt der l. 3 §. 9 iſt für ihn danach folgender.[43]) Der gegenwärtige Beſitzer darf ſeinen Beſitz gegenüber dem Eigenthümer, auch wenn dieſer nie Beſitzer geweſen ſein ſollte, ebenſo wenig wie gegenüber dem geweſenen Beſitzer, von dem er ſelbſt vitio beſitzt, mit Waffen vertheidigen, wenn ihn dieſer ohne Waffen angreift: ſonſt ſetzt er ſich dem interdictum de vi armata aus. Kommt dagegen der Eigenthümer oder derjenige, von dem der jetzige Beſitzer vitio beſitzt, mit Waffen, ſo kann der letztere nicht nur den Angriff mit Waffen zurückweiſen, ſondern auch den Angreifer, der ihn mit Waffen bereits vertrieben hatte, in derſelben Weiſe wieder vertreiben.

Indeſſen iſt zunächſt die Beziehung deſſen, qui cum armis venit, auf den dominus des §. 8 durchaus willkürlich; und nicht minder ſeine Beziehung auf den dominus des §. 10:[44]) die drei Paragraphen 8, 9 und 10 bilden keineswegs die in einander greifenden Glieder einer Gedankenkette; ſie ſtehen vielmehr mit völlig ſelbſtſtändigem Inhalte neben einander. Außerdem jedoch bezeichnet der Ausdruck dominus in §. 10 ganz und gar kein Verhältniß zu dem occupirten Grundſtücke; er be-

42) A. a. O. S. 372, S. 383 und S. 432 f. Vgl. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 100 N. 9b f.

43) A. a. O. S. 376 und S. 383.

44) Beſſern Verſtändniſſes halber geben wir hier nochmals den Text der l. 3 cit. §§. 10 sq. h. t.:

Cum procurator armatus venit, et ipse dominus armis deiecisse videtur, sive mandavit, sive, at Julianus ait, ratum habuit. §. 11: Hoc et in familia dicendum est: nam cum familia sine me armata venit, ego non videor venisse, sed familia, nisi jussi vel ratum habui.

deutet vielmehr nichts Anderes als den Principal des procurator, der eine Dejection mit Waffen ausgeführt hat; der dominus des §. 10 hat also nichts, als die vieldeutige Bezeichnung „dominus“ gemein mit dem dominus des §. 8, mag man letztern nun mit Kniep als den Eigenthümer des streitigen Grundstücks auffassen, oder mit uns als dessen Besitzer. Der Umstand, daß das venire des procurator armatus in §. 10 und das venire der familia armata in §. 11 von einer Besitzergreifung gesagt ist, vermag doch nimmermehr den qui cum armis venit des §. 9 zu einem Eigenthümer zu stempeln, der den Besitz des ihm gehörigen Grundstücks erst ergreifen will!

Anderseits dagegen sagt uns Cicero pro Caec. 13, 36 mit ausdrücklichen Worten, daß es so wenig zu seiner Zeit als je vorher ein Interdict mit der Fassung auf vi prohibuisse gegeben habe.

— C. Pisone domo tectisque suis prohibito, prohibito, inquam, per homines coactos et armatos, praetor quem ad modum more et exemplo opitulari possit, non habebit? Quid enim dicet? aut quid tu tam insigni accepta iniuria postulabis? „Unde vi prohibitus sis“, nemo unquam interdixit: novum est, non dico inusitatum, verum omnino inauditum etc.

Und wenn aus Ciceros weiteren Ausführungen sattsam erhellt, daß die gewöhnliche Fassung des interdictum de vi armata auch für den von ihm vorausgesetzten Thatbestand ausreichte, nach welchem der auf kurze Zeit abwesende Besitzer[44a]) eines Hauses mit Waffen-

44a) Sehr treffend legt Keller, semestr. p. 378, dem Anwalte des Aebutius, C. Piso, auf Ciceros Aeußerung folgende Erwiderung in den Mund: „Tu vero quamvis acerrimus Caecinae defensor non adeo inhumanus es, ut neges non modo meam domum — meam esse, verum etiam a me possideri.“

gewalt an der Rückkehr dorthin verhindert worden ist, — so zeigt gerade unsere l. 3 §. 8 unwiderleglich, daß diese gewöhnliche Fassung auch dann ausreichen würde, wenn man ihr den von Kniep angenommenen Thatbestand zugrunde legt: heißt es doch von dem dominus, qui veniens in possessionem ab armatis prohibitus est, „videri eum armis deiectum“! Was in aller Welt hätte also einen spätern Prätor veranlassen sollen, neben jener gewöhnlichen Fassung eine andre aufzustellen, welche ganz und gar unnöthig war? Und als man vollends das interdictum de vi armata auf den dejicirten juristischen Besitzer beschränkt hatte, was hätte da die Ausnahme von dieser Beschränkung rechtfertigen können, die das von Kniep vermuthete Interdict gebildet haben würde?

So bleibt als letzter scheinbarer Anhaltspunct für dieses seltsame Gebilde nur übrig l. 3 cit. §. 12 h. t:

> Hoc interdictum etiam adversus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur: et post annum reddetur in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit unde vi.

Angenommen aber selbst, es habe zu Ulpians Zeit ein Interdict des von Kniep behaupteten Inhalts gegeben, und angenommen weiter, dieses Interdict sei annal gewesen: so ist doch schlechterdings kein Grund dafür ersichtlich, daß Ulpian der zeitlichen Beschränkung gerade dieses Interdictes im vorliegenden Zusammenhange gedacht haben sollte. Vielmehr spricht er nach Knieps Vermuthung unmittelbar vorher von einem interdictum Unde vi mit der Fassung „dolo malo fecisti quo magis armis deiceretur“, nach unsrer Ansicht vom edictsmäßigen interdictum de vi armata[45]). Wenn also, wie allerdings höchst wahrscheinlich ist, Ulpian die exceptio annalis an dieser Stelle genannt hat, so konnte er

45) S. oben Ziffer 1 zu N. 26 f.

das lediglich zu dem Zwecke thun, um zu erklären, daß sie bei unserm Interdicte nicht stattfinde. Und eben deshalb mußten die Compilatoren seine Bemerkung abändern, da für sie das interdictum de vi armata gerade so annal war, wie das gewöhnliche interdictum de vi. Das unerträgliche „prohibuit“ jedoch ist sicherlich nichts als ein Abschreiberfehler etwa für deiecit, nach Schmidts scharfsinniger Vermuthung[46]) veranlaßt durch den Blick auf das in den §§. 13 sq. unsrer Stelle vorkommende „prohibeatur“, „prohibuisse“, „prohibuit“. Das sinnlose „unde vi“ endlich ist zum §. 13 zu ziehen[47]).

Wir sind hiernach zu der Behauptung berechtigt, daß wenigstens seit der Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. das interdictum de vi armata ausschließlich dem dejicirten juristischen Besitzer zustand.

Dagegen ersehen wir aus dem Rechtshandel des Caecina daß dies gegen Ende des 7. Jahrhunderts der Stadt nach keineswegs allgemein anerkannt war[48]).

Ein Bürger von Tarquinii, M. Fulcinius, zugleich Inhaber eines Banquiergeschäftes in Rom, hatte von seiner Ehefrau Caesennia eine Mitgift in baarem Gelde erhalten. Zur Zeit einer Geldkrisis setzte er mittels einer permutatio dotis an Stelle der ihm eingebrachten Summe ein in der Gemarkung von Tarquinii belegenes Landgut[48a]). Nachdem er bald darauf sein Banquiergeschäft aufgelöst hatte, erwarb er käuflich einige diesem Gute benachbarte Grundstücke. Gemäß seinem Testamente be-

46) Interdiktenverfahren S. 121.

47) Kniep a. a. O. S. 381 N. 1. Mommsen will statt des prohibuit unde vi lesen prohibuit deiecitve vi.

48) Vgl. zum Folgenden die Darstellung bei v. Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozeß Bd. 2 S. 829 ff.; Ruhstrat in Jahrb. für die Dogmatik Bd. 19 S. 131 ff.

48a) Vgl. l. 26, l. 27 D. de J. D. 23, 3; l. 21 D. de pact. dot. 23, 4.

erbte ihn der von ihm mit der Caesennia erzeugte Sohn, M. Fulcinius der Jüngere, während Caesennia kraft eines legatum ususfructus die Fruchtnutzung des gesammten Nachlasses mit ihrem Sohne theilte.[49]) Als dieser nicht lange nach seinem Vater starb, wurde er wiederum testamentarisch von P. Caesennius beerbt, seine Witwe aber erhielt als Legat ein beträchtliches Gewicht Silbers,[50]) und seine Mutter den größern Theil seines Vermögens.[51]) Infolge dieser letztwilligen Verfügungen des jüngern Fulcinius kam es zwecks Auseinandersetzung der Betheiligten zur Versteigerung der Nachlaßmasse,[52]) die in Rom stattfand. Auf den Rath ihrer Freunde und Verwandten hatte Caesennia beschlossen, für das ihr aus der Theilung zukommende Geld aus der Theilungsmasse ein, nach dem Testamente ihres Ehemanns bisher in ihrem Nießbrauche befindliches, Grundstück an sich zu bringen, welches an ihr eignes Landgut grenzte. Mit der Ausführung dieses Beschlusses betraute sie einen gewissen Aebutius. In der That erhielt Aebutius den Zuschlag jenes Grundstücks und promittirte dafür dem die Versteigerung leitenden Banquier, S. Clodius,[52a]) den Kaufpreis, und zwar, wie nach Ciceros Behauptung damals allgemein angenommen wurde, auf Rechnung der Caesennia.[53]) Ob das Grundstück dem Aebutius oder seiner angeblichen Mandantin durch mancipatio oder in iure cessio übereignet oder auch nur tradirt worden war, ist aus Ciceros Darstellung nicht zu ersehen. Er berichtet nur, daß

---

49) Cic. pro Caec. 4, 10 sq.
50) Certum pondus argenti. L. 1 §. 1; l. 9 D. de auro arg. 34, 2.
51) Partitio legata.
52) Pro Caec. 4, 12.
52a) L. c. 10, 27.
53) Pro Caec. 5, 13—6, 16.

Caesennia durch Vermittelung des Aebutius den Kaufpreis bezahlt, und Sex. Clodius diesen dem Aebutius gutgeschrieben, und dann (quum omnia ita facta essent) Caesennia über jenes Grundstück thatsächlich verfügt (possedit) und es verpachtet habe[53a]). Kurz darauf heirathete Caesennia einen Bürger von Volaterrae, den A. Caecina. Dieser beerbte sie aus einem Testamente, worin sie ihn zu $^{69}/_{72}$ eingesetzt hatte, neben ihm aber einen Freigelassenen ihres ersten Gatten, den M. Fulcinius, zu $^{2}/_{72}$ und den Aebutius zu $^{1}/_{72}$[53b]). Zunächst suchte jetzt Aebutius dem Caecina dessen Antheil an der gemeinsamen Erbschaft unter dem Vorgeben streitig zu machen, ein Gesetz Sullas, das den Bürgern von Volaterrae die civitas Romana genommen hatte, habe ihnen damit auch die Erbfähigkeit gegenüber römischen Bürgern entzogen[54]). Als Antwort hierauf beantragte Caecina, der sich im Besitze des Nachlasses befand, die Ernennung eines arbiter familiae erciscundae[55]). Wenige Tage später giebt Aebutius auf dem Forum zu Rom dem Caecina zu wissen, jenes aus der Nachlaßmasse des jüngern Fulcinius vor damals vier Jahren von ihm ersteigerte Grundstück habe er für sich selbst ersteigert: es sei sein Eigenthum; Caesennia habe daran gemäß dem Legate ihres ersten Gatten nur den Nießbrauch gehabt[56]). Auf den Rath seiner Freunde, namentlich des angesehenen Rechtskenners, C. Aquilius[57]), beschließt nunmehr Caecina die Vindication

53a) L. c. 6, 17; cf. 7, 19.

53b) L. c. 6, 17 i. f.

54) L. c. 7, 18; 33, 95—34, 100 und dazu Keller, semestr. I p. 401 sqq.

55) L. c. 7, 19 init. Vgl. dazu Keller l. c. p. 276 sqq. Es ist pro Caec. 7, 19 statt: quum ipse (sc. Aebutius) sextulam suam nimium exaggeraret zu lesen: quum iste etc.

56) Pro Caec. 7, 19 i. f.

57) L. c. 32, 95 (s. unten N. 78).

des ſtreitigen Grundſtücks und vereinbart zwecks Einleitung dieſer Klage eine Zuſammenkunft auf dem Grundſtücke mit ſeinem Gegner, damit der letztere die deductio moribus vornehme[58]). Als jedoch Caecina, gemäß der Vereinbarung mit wenigen Freunden auf dem Wege nach dem Grundſtücke befindlich, den unweit davon belegenen feſten Ort Axia erreicht hat, erhält er die Kunde, daß Aebutius eine Menge bewaffneter Leute zuſammengebracht habe; gleich darauf erſcheint Aebutius ſelbſt, macht ſeinem Gegner die gleiche Mittheilung und droht ihm, er werde nicht lebend zurückkehren, wenn er ſich dem Grundſtücke nähere[59]). Trotzdem verſucht es Caecina mit ſeinen Freunden, ſoweit es ohne Lebensgefahr möglich ſein ſollte, das ſtreitige Grundſtück zu erreichen[60]). Aber Aebutius hält alle Zugänge mit Bewaffneten beſetzt, ja ſogar einen Zugang zu dem angrenzenden Landgute, das von Caeſennia kraft der permutatio dotis erworben worden und gar nicht ſtreitig war. Von dieſem Zugange zurückgewieſen, gelangt Caecina auf einem andern Wege auf das letzterwähnte Gut, und ſucht nunmehr von dorther zu dem ſtreitigen Grundſtücke zu kommen, deſſen Grenze an dieſer Seite durch eine Reihe von Oelbäumen[60a]) gebildet wird. Als Caecina mit ſeinen Begleitern ſich dieſer Baumreihe nähert, iſt Aebutius mit ſeiner ganzen Mannſchaft ſchon

---

58) Ueber die proceſſualiſche Bedeutung dieſes Actes ſ. unten §. 1852 Ziffer 4 zu N. 58.

59) In dieſem Sinne glaube ich verſtehen zu müſſen die Worte l. c. 7, 20: Denunciat (sc. Aebutius) Caecinae se armatos habere: abiturum eum (sc. Caecinam) non esse, si accessisset. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 831 giebt den Schlußſatz ſo wieder: (Aebutius) „erklärt, er werde nicht weichen, wenn Jener komme." Vgl. auch pro Caec. 11, 31.

60) Pro Caec. 7, 20 sq.

60a) Oleae. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 831 ſpricht von Obſtbäumen.

da und giebt mit lauter Stimme seinem Sklaven Antiochus den Befehl, den zu tödten, der die Baumreihe betreten würde. Gleichwohl geht Caecina hinzu, muß aber unmittelbar an der durch die Bäume bezeichneten Grenze vor dem Angriffe des bewaffneten Antiochus und der ebenfalls bewaffneten Begleiter[61]) desselben die Flucht nehmen; gleichzeitig flüchten auch seine Freunde und Rechtsbeistände[62]). Es gelingt ihnen, zu entkommen, da P. Memmius, einer der Leute, deren sich Aebutius im nachfolgenden Rechtsstreite mit Caecina als Zeugen bediente, ihnen einen Ausweg über das Grundstück seines Bruders gewährt[63]). Nach diesen Vorgängen erwirkt Caecina beim Prätor P. Dolabella gegen den Aebutius das interdictum de vi armata. Statt nun den gefahrlosen Weg des Verfahrens per arbitrum einzuschlagen[63a]), läßt es Aebutius zur sponsio ex interdicto kommen; über diese Sponsion findet dann eine Verhandlung vor Recuperatoren statt[64]).

Aebutius bestreitet durchaus nicht, die ihm zur Last gelegte Vergewaltigung Caecinas verübt zu haben, behauptet indessen, das Interdict sei für ihn deshalb ohne verbindende Kraft, weil Caecina zu dem fundus Fulcinianus gar nicht in einem solchen thatsächlichen Verhältnisse gestanden habe, daß er daraus hätte dejicirt werden können: er sei vielmehr nur an dessen Betreten verhindert worden. In diesem Sinne erklärt Aebutius, er habe dem Interdicte genügt: se restituisse[65]).

---

61) Aus welchem Grunde v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 832 von drei anderen Bewaffneten spricht, ist mir nicht ersichtlich.

62) L. c. 8, 21 sq.

63) L. c. 10, 26.

63a) Gai. IV, 14 cf. 163.

64) Pro Caec. 8, 23.

65) L. c. 9, 24; 28, 80; 29, 82. 84.

Cicero, Caecinas Anwalt, macht dagegen geltend, zum Begriffe der durch das interdictum de vi armata geahndeten Dejection gehöre es keineswegs, daß der Impetrant Besitzer des Grundstücks sei, aus dem er dejicirt werde: dieses Interdict erwähne ja im Gegensatze zum gewöhnlichen interdictum de vi vom Besitze überhaupt nichts[66]). Uebrigens sei zu allem Ueberflusse sein Client bis zur Dejection allerdings Besitzer des streitigen Grundstücks gewesen. Denn unzweifelhaft habe es seine Erblasserin Caesennia besessen, nämlich in Wahrheit als Eigenthümerin kraft des Kaufes aus der Nachlaßmasse ihres Sohnes, mindestens jedoch, wie der Gegner selbst zugestehe, als Nießbraucherin aus dem Testamente ihres ersten Gatten; sie habe in der einen oder der andern Eigenschaft das Grundstück verpachtet, Caecina aber habe als ihr Erbe von ihrem Pächter, und zwar auf dem Grundstücke selbst, die Pachtrechnungen abgenommen[67]).

Zweimal wird die Sache durchverhandelt; beidemal erklären die Recuperatoren, sie sei ihnen noch nicht klar. Ciceros Rede aus der dritten entscheidenden Verhandlung ist uns überliefert.

Hiernach dürfte sich Folgendes ergeben.

---

66) L. c. 32, 92 sq.

67) L. c. 7, 19: Quid ais? istius (Aebutii scil.) ille fundus est, quem sine ulla controversia quadriennium, hoc est, ex quo tempore fundus veniit, quoad vixit, possedit Caesennia? Usus enim, inquit, eius fundi et fructus testamento viri fuerat Caesenniae. 32, 94: Caesenniam possedisse propter usum fructum non negas. Qui colonus habuit a Caesennia fundum, quum idem ex eadem conductione fuerit in fundo, dubium est, quin, si Caesennia tum possidebat, quum erat colonus in fundo, post eius mortem heres eodem iure possederit? Deinde ipse Caecina quum circuiret praedia, venit in istum fundum, rationes a colono accepit. Sunt in eam rem testimonia.

Zum Beweise, daß Caecina im Augenblicke seiner Vergewaltigung juristischer Besitzer des fundus Fulcinianus gewesen sei, hätte nach Lage der Sache zweierlei festgestellt werden müssen: zunächst daß Caesennia jenes Grundstück pro suo besessen, sodann daß Caecina als ihr Erbe dessen Besitz ergriffen habe[68]). Eine solche Besitzergreifung hätte unter Umständen durch Abnahme der Pachtrechnungen erfolgen können, nämlich dann, wenn der Pächter durch die Rechnungslegung den Caecina als Erben seiner Verpächterin anerkennen wollte[69]), jene aber als Eigenthümerin verpachtet hatte.

Freilich scheint Cicero an die Möglichkeit jenes Beweises kaum geglaubt zu haben. Allein schwerlich dürfen wir deshalb mit v. Savigny[70]) annehmen, er habe es bei dieser Sachlage für zweckdienlich erachtet, das Erforderniß des impetrantischen Besitzes für unser Interdict nachdrücklichst zu bestreiten, wenn eine nur einigermaßen feststehende Rechtsprechung jenes Erforderniß gestellt hätte. Sollten in der That eines so frivolen Bestreitens halber die Recuperatoren zweimal auf die Durchverhandlung der Sache ein non liquet ausgesprochen haben[71])?

Wir kommen vielmehr zu dem Schlusse, daß juristischer Besitz des Impetranten im Augenblicke der Dejection nach der zu Ciceros Zeit herrschenden, ja ohne Zweifel allgemeinen, Ansicht für die Wirksamkeit des interdictum de vi armata nicht erfordert wurde.

---

68) L. 30 §. 5 D. de a. p. 41, 2.

69) Diese Möglichkeit bestreitet v. Savigny, Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 425 N. 4; ihm stimmen zu Keller l. c. p. 352 sq.; v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 840. Vgl. Ruhstrat a. a. O. S. 135, S. 144.

70) A. a. O §. 40 7. Aufl. S. 425 ff.

71) Pro Caec. 2, 4. 6; 4, 9.

Anderseits dagegen vermochte selbstverständlich nicht ein Jeder sich des Interdictes zu bedienen, dem der Zutritt zu einem Grundstücke mit Waffengewalt gewehrt worden war Wie hätte der Räuber den Besitz eines Grundstücks deshalb beanspruchen dürfen, weil der besitzende Eigenthümer den Angriff auf seinen Besitz mit bewaffneter Hand abgewiesen hatte?! Aber ebenso zweifellos konnte auch der harmlose Spaziergänger, der von einer bewaffneten Bande vom Ziele seines Spaziergangs zurückgeschreckt war, nicht füglich verlangen, durch das Interdict den Besitz jenes Zieles, oder statt dessen eine hochbemessene Entschädigungssumme zu gewinnen[72]).

Eine gewisse Beziehung des Impetranten zu dem Grundstücke, von dem er mit Gewalt vertrieben oder zurückgehalten worden war, bildete also immer die unerläßliche Voraussetzung für die Verbindlichkeit des Interdicts[73]).

Allein, gerade weil diese Beziehung nicht ausschließlich im juristischen Besitze gefunden wurde, so mußte es sich als überaus schwierig zeigen, sie mit Sicherheit abzugrenzen.

Zwar mochte ohne Schwierigkeit das Interdict demjenigen zugestanden werden, der mit Waffen aus einem Grundstücke herausgetrieben worden war, sollte gleich sein Aufenthalt auf jenem Grundstücke ein rein thatsächlicher, d. h. ohne die Absicht gewesen sein, aus diesem räumlichen Verhältnisse für sich oder für einen Dritten

72) Im Civilverfahren standen ihm andere Rechtsbehelfe zu Gebote, — nämlich allgemein die actio iniuriarum — Cic. pro Caec. 12, 35; unter Umständen auch das Popularinterdict, Ut via publica itinereve publico ire agere liceat — l. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1; l. 42 pr. D. de proc. 3, 3 und dazu Thl. 4 dieser Serie des Commentars S. 278 ff.

73) Vgl. zum Folgenden Keller, semestr. I p. 337 sq. p. 376 sqq.

irgend einen Vortheil zu ziehen[74]). Auch dagegen trug die Rechtsprechung schwerlich ein Bedenken, wie dem juristischen Besitzer, der durch Waffengewalt an der Rückkehr verhindert worden, so unter gleichen Umständen nicht minder dem bloßen Detentor den Schutz des Interdictes zu gewähren[75]).

Aber war dies auch noch zulässig bei demjenigen Detentor, der seinerseits die Detention weiter gegeben, z. B. bei dem Pächter, dem Nießbraucher, der selbst wieder verpachtet hatte? Und wie vollends sollte es gehalten werden mit dem Erben jenes Pächters, oder gar mit dem Erben dieses Nießbrauchers? Freilich ist der Nießbrauch und die vom Nießbraucher als solchem eingegangene Verpflichtung zum uti frui praestare mit dem Ableben des Nießbrauchers erloschen; allein unleugbar geht aus dem von ihm abgeschlossenen Pachtverhältniß der Anspruch auf Rückgabe des Pachtgutes auf seinen Erben über[75a]); dieser ist verpflichtet, das Grundstück in ordnungsmäßigem Stande dem Eigenthümer zurückzugeben: somit hat auch er rechtlichen Anlaß, das Grundstück zu betreten, um dessen wirthschaftlichen Zustand festzustellen, mit dem Pächter sich auseinanderzusetzen, die Rückgabe an den Eigenthümer einzuleiten u. s. w.[76]). Gewährte man jedoch jenem Erben des Nießbrauchers den Schutz unsres Interdictes, bevor er zu dem von seinem Erb-

74) Pro Caec. 28, 80: — certe, inquit (scil. iste ipse, quo auctore adversarius se rem agere dicit cf. §. 79), deiectus est Caecina vi hominibus armatis aliquo ex loco: si non ex eo loco, quem in locum venire voluit, ab ex eo certe, unde fugit.

75) Keller, l. c. p. 382 sq.

75a) Gerade so gut, wie der Anspruch auf den Pachtpreis für die Zeit, während welcher der Pächter den Pachtgenuß gehabt hat. L. 9 §. 1 D. loc. 19, 2.

76) Keller, l. c. p. 383 sq.

lasser verpachteten Grundstücke in ein thatsächliches Verhältniß getreten war, wie hätte man es alsdann dem Eigenthümer verweigern dürfen, der an der ersten Besitzergreifung z. B. eines ererbten oder eines ihm per vindicationem legirten, eines durch mancipatio oder in iure cessio ihm übereigneten Grundstücks mit Waffengewalt verhindert worden war? Und damit hätte sich für derartige Fälle das zum Schutz bestehender Zustände aufgestellte Interdict in ein Mittel verwandelt, einen noch gar nicht bethätigten Rechtsanspruch durchzusetzen!

Ist es nicht völlig begreiflich, wenn in derartigen Fällen die Rechtsprechung schwankte? wenn nicht immer die strengere Ansicht siegte, welche darauf bestand, daß der Impetrant seinen angeblichen Rechtsanspruch auf die Innehabung des streitigen Grundstücks wenigstens einigermaßen bereits bethätigt habe? Im Falle Caecinas aber konnte es gerade in dieser Beziehung von Bedeutung erscheinen, daß jener mit dem Pächter der Caesennia auf Grund des Pachtvertrages verhandelt hatte, selbst wenn jene nur als Nießbraucherin das streitige Grundstück verpachtet haben mochte. Bot indessen die von Cicero erwähnte Bekundung der stattgehabten Verhandlung in irgend einer Hinsicht Anlaß zu Zweifel darüber, ob kraft derselben Caecina wirklich eine gewisse thatsächliche Herrschaft über den fundus Fulcinianus erlangt und bis zum Augenblicke seiner Vergewaltigung durch Aebutius fortgesetzt habe, — so entsprach es völlig der Sachlage, wenn sein Sachwalter einerseits zwar überhaupt in Abrede stellte, daß eine solche Herrschaft die unerläßliche Voraussetzung für die Wirksamkeit unseres Interdictes bilde; anderseits jedoch mit aller Bestimmtheit das Dasein einer solchen Herrschaft bei seinem Clienten betonte. Unterließ er es dabei in seiner dritten, uns allein überlieferten, Rede, das Dasein dieser Herrschaft in seinen Einzelheiten zu begründen, so erklärt sich das wohl kaum daraus, daß

er eine solche Begründung bereits in seinen früheren Reden gegeben hätte. Denn abgesehen davon, daß wir hierüber schlechterdings nichts wissen: es wäre ein verhängnißvoller Fehler gewesen, auf diesen Umstand, soweit er sich thatsächlich erhärten ließ, nicht den stärksten Nachdruck zu legen. Weit wahrscheinlicher dürfte es sein, daß gerade dieses Verhältniß nicht zu erweisen stand, sei es, weil es ungewiß blieb, ob der Pächter durch die Rechnungslegung in der That Caecina als denjenigen anerkannt hatte, für den er detinirte; sei es, weil er inzwischen abgezogen, oder daß er verstorben war, ohne bisher einen Erben gefunden zu haben; sei es, weil sich Caecina zu dem Erben des Pächters noch nicht in die geeignete Beziehung gesetzt hatte: gegenüber einer zweifelhaften Sachlage erschien es räthlich, sie nicht bis ins Einzelne hinein zu beleuchten[77]).

Jedenfalls würden zwei andere Puncte, die Cicero als angebliche Gründe für Caecinas Besitz anführt, eine nähere Beleuchtung nicht vertragen haben; und eben deshalb beschränkt er sich klüglich darauf, sie in knappester Kürze hinzuwerfen. Wir meinen einerseits den Umstand, daß Aebutius seinem Gegner die Anzeige gemacht hatte, er selbst, Aebutius, sei Eigenthümer des streitigen Grundstücks; und anderseits die Thatsache, daß Caecina nach dem Rathe seiner Freunde und des Rechtskundigen C. Aquilius den Aebutius aufgefordert hatte, an ihm die deductio moribus vorzunehmen[78]).

---

77) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 425 zu N. 3; Keller, l. c. p. 352 sqq.; Pflüger, Besitzklagen S. 39 f.

78) Pro Caec. 32, 95: Postea cur, Aebuti, de isto potius fundo quam de alio, si quem habes, Caecinae denunciabas, si Caecina non possidebat? Ipse porro Caecina cur se moribus deduci volebat, idque tibi de amicorum, etiam de ipsius C. Aquilii sententia responderat? cf. 7, 19 i. f.:

Mit der kurzen Erwähnung des erstern Umstandes will Cicero die Recuperatoren offenbar nur blenden, indem er hofft, daß sie hinter jener Anzeige des Aebutius die Drohung erblicken, er werde, falls sein angebliches Eigenthum bei Caecina nicht thatsächliche Anerkennung finde, gegen diesen mit der rei vindicatio vorgehen, — und daß sie daraus dann folgern, es sei also Caecina als künftiger Beklagter in der genannten Klage Besitzer des streitigen Grundstücks gewesen. Ob es dem Redner gelungen ist, hierdurch die Recuperatoren zu täuschen, wissen wir nicht; spätere Gelehrte dagegen haben sich in der That zu der von Cicero gewünschten Auffassung verleiten lassen[79]). Und doch ist sie ganz und gar unhaltbar. Wie Keller[80]) überzeugend nachgewiesen hat, kam im römischen Rechtsleben eine außergerichtliche denuntiatio, Anzeige, Mittheilung, bei den verschieden-

---

Atque illis (iste *scrib.?* S. Keller l. c. p. 291 sq.) paucis diebus, postea quam videt, nihil se ab A. Caecina posse litium terrore abradere, homini Romae in foro denunciat fundum illum, de quo ante dixi, cuius istum emptorem demonstravi fuisse mandatu Caesenniae, suum esse seseque sibi emisse. Quid ais? istius ille fundus est, quem sine ulla controversia quadriennium, hoc est ex quo tempore fundus veniit, quoad vixit possedit Caesennia? Usus enim, inquit, eius fundi et fructus testamento viri fuisse Caesenniae.

79) Sie findet sich schon bei Hotoman, adnotationes ad ll. cc., der sie freilich durch die Wendung unschädlich zu machen sucht, daß man durch das bloße Geständniß, der Gegner besitze, ebensowenig den eignen Besitz verliere, wie durch Anstellung der rei vindicatio. l. 12 §. 1 D. de a. p. 41, 2. Geltend gemacht dagegen wird jene Ansicht von H. C. Cras, dissertatio qua specimen iurisprudentiae Ciceronis exhibetur etc. Lugd. Bat. 1769 p. 32 sq. §. 4; und neuerdings von v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 840 f. unter 3.

80) L. c. p. 355 sqq.

artigsten Verhältnissen vor, wo es zur Sicherung oder zur Geltendmachung eines Rechtsanspruchs geboten oder doch zweckmäßig erschien, einem Andern die unleugbare Kenntniß eines erheblichen Umstandes zu verschaffen[81]). Die Absicht des Anzeigenden brauchte durchaus nicht dahin zu gehen, beim Ausbleiben der von der Anzeige erwarteten Wirkung Klage zu erheben; noch weniger aber lag in der Anzeige schon die Drohung mit künftiger Klage. Es ist demnach mindestens willkürlich, in der erwähnten Anzeige des Aebutius die Drohung mit der rei vindicatio zu erblicken, falls sich für dieselbe ein anderer ausreichender Zweck finden läßt.

Und in der That hat Kellers[82]) Scharfsinn einen solchen dargelegt.

Caecina hatte in seiner Eigenschaft als Miterbe des Aebutius gegen diesen das arbitrium familiae erciscundae eingeleitet. Die gerichtliche Auseinandersetzung der Miterben aber erstreckt sich nicht auf eine solche Sache, die einer der Betheiligten aus einem andern Erwerbsgrunde, als der gemeinsamen Erbfolge, für sich allein in Anspruch nimmt[83]). Befindet sich nun derjenige im Besitze dieser Sache, der sie als Nachlaßsache in die Erb-

81) Als Belege hierzu führt Keller an: l. 3 §. 7; l, 5 pr. §§. 1—4; l. 22 §. 5 D. quod vi 43, 24; — l. 5 §. 7 eod.; — l. 7 §. 1 D. de cond. et dem. 35, 1; — l. 1 §. 3 D. de per. et comm. 18, 6; — l. 17 §. 4 D. de inst. act. 14, 3; — l. 27 D. de pec. const. 13, 5; — l. 22 (21) D. ad. Sc. Treb. 36, 1; — l. 106 D. de sol. 46, 3; — l. 53 §. 1 D. de evict. 21, 2; — l. 47 pr. D. de min. 4, 4 cf. l. 10 §. 3 D. quae in fraud. cred. 42, 8; — l. 20 §§. 6d. 11 D. de H. P. 5, 3; — Cic. pro Quint. 6, 27 cf. 21, 66; — eine Anzahl, die sich unschwer noch vergrößern ließe. Ich füge beispielshalber hinzu l. 3 §. 4 D. uti poss. 43, 17.

82) L. c. p. 359 sqq.

83) L. 25 §. 7; l. 45 pr. D. fam. ercisc. 10, 2.

theilung bringen will, so kann er ruhig abwarten, daß der Gegner sie durch Geltendmachung seines Eigenthumsanspruchs aus der Theilungsmasse aussondere; anderseits jedoch hat dazu der letztere immer noch unverkürzte Gelegenheit vor dem Theilungsrichter selbst, und eben deshalb keinen Anlaß, solchen Anspruch vorher anzumelden. Besitzt dagegen der Eigenthumsprätendent die streitige Sache, so gelangt sie nur dann in die Theilungsmasse, wenn der auf Theilung Dringende zuvor mittels der vindicatio partis ihre Anerkennung als Nachlaßsache durchgesetzt hat. Falls also Aebutius in der That den fundus Fulcinianus besaß, so stellte er durch die, für ihn selbst völlig unverfängliche, Behauptung, er habe denselben aus dem Nachlasse des jüngern Fulcinius für sich erworben, den Caecina vor die unbequeme Wahl, entweder jenes Grundstück von der Erbtheilung auszuschließen und sein auf die gemeinsame Erbfolge gestütztes Miteigenthumsrecht daran demnächst durch die vindicatio partis und eventuell durch die actio communi dividundo[84]) zur

84) Kellers Zweifel daran (l. c. p. 361 sq.), ob diese Möglichkeit, wie l. 20 §. 4 D. fam. ercisc. 10, 2 (Ulp.) und Paul. I, 18, 1 sie anerkennen, bereits zu Ciceros Zeit bestanden habe, halte ich für durchaus unbegründet, vollends in einem Falle, in welchem das Miteigenthum erst durch die vindicatio partis festgestellt werden mußte. Noch weniger begründet ist die Ansicht Kellers p. 863 sqq., Caecina habe bei der rei vindicatio des fundus Fulcinianus die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat besorgen müssen. Denn die hereditatis petitio wegen jenes Grundstückes wäre ja gegen den Aebutius, der dasselbe pro emptore zu besitzen behauptete, nur dann statthaft gewesen, wenn Caecina nachzuweisen vermocht hätte, daß sein Gegner wissentlich auf Grund eines nichtigen Kaufes, mithin als possessor pro possessore besitze; keinesfalls aber konnte Aebutius den Caecina dazu veranlassen, mit der hereditatis petitio gegen ihn aufzutreten. Vgl. Karlowa, Beiträge zur Geschichte des

Geltung zu bringen; oder die Erbtheilung selbst so lange hinauszuschieben, bis über die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Nachlasse der Caesennia entschieden worden. Jede einzelne dieser beiden Möglichkeiten aber brachte obendrein noch das Lästige mit sich, daß die vindicatio partis als eine actio ordinaria an den rerum actus gebunden war, also im Gegensatze zu dem arbitrium familiae erciscundae schon an und für sich eine unliebsame Verschleppung der Angelegenheit bedingte.

So läßt sich, wie Keller[85]) treffend bemerkt, aus jener Anzeige des Aebutius weit eher ein Beweisgrund dafür entnehmen, daß er selbst das streitige Grundstück besaß, als umgekehrt für den Besitz Caecinas[85a]).

Nicht besser steht es mit Ciceros Einwurfe, warum denn Caecina verlangt habe, Aebutius sollte die deductio moribus an ihm vornehmen. Dieser Einwurf läßt sich nur mittels folgenden Trugschlusses verstehen. „Nur der

römischen Civilprozesses S. 44 ff.; Pflüger, die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts S. 30 ff.

85) L. c. p. 365 sq.

85a) Zuweit jedoch scheint mir Keller zu gehen, wenn er p. 365 annimmt, unter der angegebenen Voraussetzung habe Aebutius im eignen Interesse jene Mittheilung an den Caecina machen müssen, damit er sich nicht dem Vorwurfe aussetze, arglistig geschwiegen zu haben, und vollends dem Gegner in dessen Unkenntniß der Sachlage einen Grund bereite, nachsichtig beurtheilt und insbesondere von den Jurisdictionsmagistraten unterstützt zu werden. Denn zunächst lag schwerlich, wie Keller behauptet, bei Erbtheilungsklagen den Parteien die Rechtspflicht ob, sich gegenseitig über die Voraussetzungen ihrer Ansprüche zu belehren; und noch weniger fanden deswegen, wie jener Gelehrte glaubt, interrogationes in iure statt. S. Demelius, die Confessio im römischen Civilproceß §. 22 S. 294 ff. Auf jeden Fall aber würde Aebutius einer ihm etwa obliegenden Mittheilungspflicht immer noch zeitig genug in iure nachgekommen sein.

kann von einem Grundstücke weggeführt werden, der sich darauf befindet. Wer jedoch in dieser Lage ist, der besitzt. Begehrt also Caecina, Aebutius solle ihn von dem streitigen Grundstücke wegführen, so setzt das nothwendig voraus, daß Caecina dieses Grundstück besitze[85b])."

Nun bildet die deductio moribus, wie wir unten[86]) zeigen werden, die Einleitung zur Vindication eines Grundstücks, und zwar zur Vindication in der Form der legis actio sacramento in rem; ihr Zweck ist, dem Prätor die, nach Aufstellung der interdicta retinendae possessionis zur leeren Form gewordene, Regulirung der Vindicien vorzuzeichnen. Wie die Vornahme der deductio im ganzen, so wurde namentlich auch der Umstand durch freie Vereinbarung der Betheiligten festgestellt, wer von ihnen deduciren, wer deducirt werden sollte[87]). Ueber die Thatsache des bisher geübten Besitzes der letztern Partei war damit schlechterdings nichts gesagt; wir werden vielmehr sehen, daß die deductio gerade da stattfand, wo keine Partei geneigt war, das Uti possidetis zu wagen. Also auch das Anerbieten Caecinas, sich deduciren zu lassen, und die Annahme dieses Anerbietens durch Aebutius beweist nicht nur nichts für den Besitz Caecinas, sondern stellt es umgekehrt fest, daß Caecina sich seines angeblichen Besitzes jedenfalls nicht sicher genug fühlte, die magna alea des Besitzstreites zu versuchen.

Somit erscheint auch die Berufung Ciceros auf jenes Anerbieten zur deductio moribus als ein rabulistischer Kniff, wie er eben nur vor einem Laiengerichte anwendbar ist.

85b) Keller l. c. p. 366 sqq.

86) §. 1852 Ziffer 4 zu N. 58.

87) Cic. pro Tull. 8, 20: Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius etc.

Gewiß aber ist die Gewaltthätigkeit des Aebutius und vor allem sein Verhalten während des Interdictenverfahrens nur dann verständlich, wenn er die thatsächliche Beziehung Caecinas zum fundus Fulcinianus für eine so überaus geringfügige halten konnte, daß er mit einiger Wahrscheinlichkeit darauf rechnen durfte, die Recuperatoren werden die Zuständigkeit des Interdictes für Caecina verneinen. Die Zuversicht des Aebutius gründete sich also nicht sowohl darauf, daß der Gegner außerstande sei, den wirklichen Sachverhalt zu erweisen, als vielmehr darauf, daß dieser wirkliche Sachverhalt nicht für genügend erachtet werde, der Klage stattzugeben. Daß diese Zuversicht nicht ganz grundlos war, erhellt genugsam aus der zweimaligen Vertagung der Entscheidung, mag gleich neben Anderm [87a]) namentlich die spätere Veröffentlichung der dritten Rede Ciceros für den Caecina dafür sprechen, daß schließlich doch gegen den Aebutius geurtheilt worden ist [88]).

Die damit dargethane Zuständigkeit unsers Interdictes über den juristischen Besitzer hinaus hatte unverkennbar ihre Bedenken [89]). Gegenüber einem Impetranten, der juristischer Besitzer oder Detentor gewesen war, verpflichtete der Restitutionsbefehl selbstverständlich zur Rückgabe des juristischen Besitzes oder der Detention. Wie jedoch hatte in allen anderen Fällen die Restitution interdictsmäßig zu erfolgen? Wo nicht stets, so doch vielfach ist sie kaum anders zu denken, denn als Gewährung des

87a) Dies liegt in dem Selbstlobe Ciceros wegen jener Rede im Orator 29, 101 sq. und darin, daß sich ein A. Caecina, den man für den Kläger im besprochenen Rechtsstreite hält, im Briefwechsel mit Cicero als dessen alten Clienten bezeichnet. Ep. ad div. VI, 7; vgl. VI, 5; 6; 8; 9; XIII, 66.

88) Vgl. Keller l. c. p. 391 p. 430 sq. iunct. p. 168 sqq. n. 49; Pflüger a. a. O. S. 43 N. 116.

89) Vgl. Keller l. c. p. 384 sqq.

juriſtiſchen Beſitzes, ſo daß alſo der Impetrant durch ſie weit mehr bekam, als ihm die Dejection entzogen hatte[90]). Kam es vollends zur litis aestimatio, ſo trat nicht nur in dieſen Fällen, ſondern auch dann, wenn der Impetrant bloßer Detentor geweſen war, das Mißverhältniß zwiſchen dem wirklich erlittenen Schaden und der Entſchädigung noch greller heraus. Bekanntlich war noch dem Servius, dem als Rechtskundigen berühmten Freunde Ciceros, der Begriff des Intereſſe in Beziehung auf den Beſitz ſo fremd, daß er das „quanti res est“ einer Nachklage aus dem Uti possidetis einfach vom Sachwerthe verſtand[91]). Schwerlich wurde es beim interdictum de vi armata anders gehalten; demnach erlangte alſo jeder, der kraft dieſes Interdicts die Condemnation des Impetraten durchſetzte, den vollen Sachwerth des Grundſtücks. Und endlich mußte es nicht ſelten vorkommen, daß wegen der nämlichen Dejectionshandlung mehrere unabhängig von einander ſich des Interdicts mit Erfolg bedienen konnten, z. B. der Pächter, der thatſächlich dejicirt worden war, und deſſen Verpächter. Wurde in ſolchem Falle nicht ſämmtlichen Interdicten durch Reſtitution genügt, ſo war anſcheinend eine mehrfache Verurtheilung auf den vollen Sachwerth unvermeidlich.

---

90) Rückgabe des juriſtiſchen Beſitzes bezeichnet Cicero als den Zweck des von Caecina erwirkten Interdictes. Pro Caec. 3, 9: — nihil actum nisi possessionem per interdictum repetitam; 27, 75: In hac ipsa causa — si hoc nos non obtinemus, vi armatis hominibus deiectum esse eum, quem vi armatis hominibus pulsum fugatumque esse constet, Caecina rem non amittet —, in possessionem in praesentia non restituetur etc. Und dieſer Zweck wurde ſelbſt unter der Vorausſetzung verfolgt, daß Caecina als ehemaliger juriſtiſcher Beſitzer nicht anerkannt werden ſollte.

91) L. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17 und dazu Thl. 2 der vorliegenden Serie dieſes Commentars S. 145f.

Indeſſen dürfen wir dieſe Bedenken nicht überſchätzen. War infolge der Naturalreſtitution der juriſtiſche Beſitz einem Impetranten zugekommen, welcher auf denſelben keinen anderweiten Rechtsanſpruch hatte, ſo konnte er ihm jederzeit mit dem geeigneten Rechtsbehelfe wieder abgenommen werden, und zwar auch vom beſiegten Impetraten ſelbſt. Anders freilich verhielt ſich dies mit der litis aestimatio. Allein wenigſtens bis zu einem gewiſſen Grade lag deren Rechtfertigung in dem Umſtande, daß es, ſoviel wir wiſſen, jedenfalls vor Sulla[92]) kein Strafgeſetz gegen eine vis armata gab, welche ſich nur an Privaten vergriffen hätte: hier erſetzte unſer Interdict alſo in der That die öffentliche Anklage. Und unter dieſem Geſichtspuncte erſcheint ſelbſt eine mehrfache Verurtheilung aus den concurrirenden Interdicten mehrerer Impetranten weniger unerträglich.

Sobald dagegen die vis armata ſtrafrechtlich verfolgt werden konnte, mußten alle jene Härten immer entſchiedener zu dem Beſtreben führen, die Zuſtändigkeit unſeres Interdictes nach dem Vorbilde des interdictum de vi non armata auf den juriſtiſchen Beſitzer zu beſchränken. Nun erſehen wir aus der Rede Ciceros für den Caecina, daß ſchon damals eine accusatio de vi möglich war[93]).

92) Ob bereits Sulla ein derartiges Geſetz beantragt hatte, iſt durchaus ungewiß. Wächter, Neues Archiv des Criminalrechts Bd. 13 S. 8 ff. Lange, römiſche Alterthümer Bd. 2, 3. Aufl. S. 665 f., Bd. 3, 2. Aufl. S. 166.

93) Eben mit Rückſicht auf die Ehrenminderung, welche die Verurtheilung auf Grund einer accusatio de vi mit ſich brachte, und über welche mit der Verurtheilung des Aebutius aus dem interdictum de vi armata ſachlich zugleich entſchieden wurde, iſt zu verſtehen Cic. pro Caec. 2, 6. 7; 3, 8; 4, 9. (S. oben S. 127). Vgl. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 283 f.; Thl. 2 vorliegender Serie dieſes Commentars S. 288 f. Das Strafgeſetz de vi war entweder eine lex Cornelia Sullas oder die lex Plautia.

Um so verständlicher also wird das lange Zögern der Recuperatoren, zugunsten Caecinas zu erkennen, wenn sie ihn nicht für den ehemaligen juristischen Besitzer des fundus Fulcinianus halten mochten. Und wir werden kaum fehl gehen, wenn wir annehmen, daß die römische Jurisprudenz spätestens im Hinblicke auf die lex Julia de vi des Augustus die Beschränkung des interdictum de vi armata auf den juristischen Besitzer durchgesetzt hat. Sobald diese Beschränkung die allgemeine Anerkennung gefunden hatte, war damit auch der Begriff des deiectum esse auf den juristischen Besitzer eingeengt; und so hat der für das gewöhnliche Interdict de vi ausgesprochene Satz: nec alius deici visus est, quam qui possidet — auch auf unser Interdict Anwendung erlangt.

4. Wie schon oben[94]) erwähnt, verdanken wir einer Aeußerung Ciceros Kunde von einer exceptio quod tu prior vi hominibus armatis non veneris.

Cicero schreibt nämlich i. J. 700 d. St. an den Juristen C. Trebatius Testa, der sich im Kriegsgefolge Caesars in Gallien befindet,

ad div. VII, 13, 2:

Sed, ut ad rem redeam, te istic invitum non esse vehementer gaudeo: et, ut illud[94a]) erat molestum, sic hoc[94b]) est iucundum. Tantum metuo, ne artificium tuum[94c]) tibi parum prosit. Nam, ut audio, istic

94) Ziffer 2 a. E. S. 155 f.

94a) Nämlich, daß Trebatius aus dem längern Ausbleiben eines Briefes von Cicero gefolgert hatte, dieser mißbillige seine Lebensführung.

94b) Nämlich die Nachricht, daß Trebatius nicht ungern in Caesars Gefolge sich aufhalte.

94c) Nämlich die Ertheilung rechtlichen Rathes.

Non ex iure manum consertum, sed magis ferro
Rem repetunt[95]) —

et tu soles ad vim faciundam adhiberi. neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris; scio enim te non esse procacem in lacessendo.

Es erhellt ohne weiteres aus der auf die Person des Impetranten abgestellten Fassung dieser exceptio, daß sie nicht im duplex interdictum Uti possidetis vorkommen konnte.

Huschke[96]) wollte sie auf das interdictum de vi non armata beziehen, indem er annahm, daß vor dem plebiscitum Cornelium v. J. 687 die Prätoren sie nach Lage des Falles gelegentlich statt der im Album proponirten ständigen exceptio: cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec praecario a te possideret ertheilt hätten. Hiergegen hat Keller[97]) treffend ausgeführt, daß es sehr zweckwidrig gewesen sein würde, wenn der Impetrat sich statt dieser ständigen exceptio jene hätte erbitten wollen: genügte doch zum Erfolge der erstern der Nachweis irgend eines vitium possessionis, insbesondere derjenige einer vis non armata, während die letztere exceptio die Vertheidigung auf den Nachweis einer vis armata beschränkt hätte. Auch weiset der Ausdruck „prior" unzweideutig darauf hin, daß das Interdict dem Impetraten selbst, der die exceptio de vi armata gebrauchte, eine vis armata zur Last legte.

Der Einwand jedoch, den man gegen die Zulässigkeit einer exceptio in unserm Interdicte überhaupt etwa aus

95) Citat aus dem achten Buche der Annalen des Ennius. Vgl. Gellius, noctes atticae XX, 10, 4.

96) Analecta litt. p. 161 sq.

97) Semestr. p. 330 sqq.

zwei Aeußerungen Ciceros entnehmen möchte, wonach dasselbe sine ulla exceptione ertheilt wird[98]), verschwindet, sobald man sie vom Wegbleiben der beiden ständigen exceptiones des interdictum de vi non armata versteht. Umgekehrt dürfte sogar die eine jener Aeußerungen (pro Caec. 8, 23) mit den Worten: ut est consuetudo — gerade darauf hindeuten, daß gelegentlich auch unser Interdict eine exceptio erhielt[98a]).

Kellers Ausführung hat dann auch allgemeine Zustimmung gefunden[99]).

Nicht so übereinstimmend sind die Meinungen über die Voraussetzungen unsrer exceptio.

Während Schmidt[100]) sich darüber nicht ausläßt, geben Keller und Pflüger[1]) sie nur unter besonderen Umständen; Meischeider und Kniep[2]) dagegen gewähren sie wider jeden Impetranten, der den Impetraten aus dem Besitze des streitigen Grundstücks zuvor mit Waffengewalt dejicirt hat.

Nach dieser Ansicht kommt also unsrer exceptio im interdictum de vi armata völlig die gleiche Function zu, wie der exceptio violentae possessionis im interdictum de vi non armata: der mit Waffengewalt Dejicirte darf impune seinen Dejicienten wiederum mit Waffengewalt dejiciren.

Dem gegenüber ist es nun zunächst auffallend, daß diese exceptio nicht ebenso als ständige in das proponirte

98) Pro Caec. 8, 23; 22, 63 (s. oben S. 155).

98a) Vgl. Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 459.

99) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 99; Lenel ed. perp. S. 375 N. 10; Meischeider a. a. O. S. 459; Kniep, vacua possessio S. 371; Pflüger, Besitzklagen S. 36f., S. 43 N. 116.

100) A. a. O.

1) A. a. O.

2) A. a. O.

Interdict eingestellt worden ist, wie die exceptio vitiosae possessionis in das interdictum de vi non armata. Denn wenn sie auf Antrag des Impetraten stets eingerückt werden mußte, wo nicht etwa ihr Ungrund schon in iure liquid erschien, — warum dann überhaupt noch einen Antrag fordern? Einerseits schadete es doch schlechterdings nichts, wenn im Einzelfalle die exceptio thatsächlich nicht begründet war; anderseits aber würde gewiß eine recht kräftige Abmahnung vor bewaffneter Dejection darin gelegen haben, daß der Prätor durch die mit unsrer exceptio proponirte Formel des interdictum de vi armata von vornherein kundgab, der mit Waffen Dejicirende sei der bewaffneten Wiedervertreibung seitens des Dejicirten schutzlos ausgesetzt. Wäre jedoch unsre exceptio anfangs eine ständige gewesen, warum hätte sie aufgehört es zu sein? Wenn Meischeider[3]) meint, sie sei vielleicht schon zu Ciceros Zeit im Verschwinden begriffen gewesen, so ist das schwerlich eine Beantwortung der Frage, — um so weniger, als unsre Einrede herkömmlich schon im Jahre 685 d. St. eine ständige nicht war[4]), dagegen im Jahre 700 d. St. immer noch als eine wohlbekannte exceptio bezeichnet wird[5]). Selbst wenn der eine oder der andere Prätor sie völlig beseitigt haben sollte, so hatte der Nachfolger, der sie wieder aufnahm, darum doch keinen Anlaß, sie nicht in alter Weise, also, wenn sie ständig gewesen war, als ständige wieder aufzunehmen.

Sodann bleibt es bei dieser Auffassung unsrer exceptio unerklärt, weshalb sie schon vor der l. 7 Cod. h. t. verschwunden ist.

---

3) A. a. O. S. 459.

4) Cic. pro Caec. 8, 23: interdixit, ut est consuetudo, — sine ulla exceptione.

5) Cic. ad div. VII, 13, 2.

Kniep[6]) freilich meint sie noch bei Ulpian zu finden, indem er in l. 3 §. 9 h. t. nicht nur die Worte „sed hoc confestim, non ex intervallo“ und „non ex intervallo, sed“ sondern auch das folgende „ex continenti“ als spätere Zusätze streicht[7]). Allein auch ohne dieses „ex continenti“ kann die Stelle[8]) gar nicht den von ihm darin gefundenen Sinn haben: sie erläutert lediglich die Befugniß des Besitzers zur Abwehr, indem sie als Abwehr nicht nur das resistere ne deiciatur auffaßt, sondern auch das eundum deicere, si deiectus quis fuerit. Darnach versteht es sich von selbst, daß dieses deicere in unmittelbarer Fortsetzung des Kampfes geschehen muß; denn sonst ist es eben keine Abwehr mehr[9]). Aus l. 3 §. 9 cit. ist demnach die Fortdauer unsrer exceptio nicht zu entnehmen; vielmehr werden wir alsbald sehen, daß sie ein wichtiges Zeugniß gegen dieselbe abgiebt.

Vor allem aber spricht gegen die hier bekämpfte Bedeutung unsrer exceptio eine legislatorische Erwägung, die schon dem ersten Proponenten des interdictum de vi armata nicht füglich fremd geblieben sein kann, sofern er darin die allgemeine exceptio vitiosae possessionis ausschloß. Denn die Ausschließung dieser Einrede erfolgte offenbar mit Rücksicht auf die Gemeingefährlichkeit einer Dejection durch Waffengewalt: wer zu einer solchen sich hatte hinreißen lassen, verdiente keine Schonung. Ist es glaublich, daß ihm ein von diesem Gedanken geleiteter Prätor gleichwohl auf ein vorgängiges armis deiectum

6) A. a. O. S. 372, 376 und 383.

7) S. oben Ziffer 3 S. 160.

8) Sie lautet dann: Eum igitur, qui armis venit, possumus armis repellere, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere.

9) Vgl. oben §. 1848 Ziffer 11 N. 9e S. 100.

esse ab adversario hin eine exceptio ertheilt haben sollte? Ja, hätte es sich bei unserm Interdicte lediglich um das Verhältniß der Parteien gehandelt! Aber würde nicht in der Aussicht auf jene exceptio für den durch Waffengewalt Dejicirten geradezu die Aufforderung gelegen haben, seinen Dejicienten auf die nämliche Weise wieder zu vertreiben? Und wie wäre dabei das Gemeinwohl gefahren?! Das Gewicht dieses Bedenkens aber dürfte ziemlich das gleiche bleiben, mögen wir nun die Aufstellung unsres Interdictes vor das älteste Strafgesetz de vi setzen oder erst nach einem solchen. Im erstern Falle hat das Interdict anfänglich nicht blos dem Privatinteresse des Dejicirten gedient, sondern augenscheinlich an Stelle des fehlenden Strafgesetzes zugleich dem öffentlichen Frieden; im andern Falle aber wäre es ein schreiender Gegensatz gegen das Strafgesetz gewesen, hätte der Prätor im Civilverfahren eine Handlung ungeahndet zugelassen, die das Strafgesetz untersagte.

Und nun sehen wir schließlich einmal unbefangen die uns überlieferte Fassung unsrer Einrede an: „Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris.“ Kann das wirklich so viel heißen als: „Falls du nicht zuvor jenen mit Gewalt mittels Bewaffneter dejicirt hast?“ Wenn dies der Sinn der exceptio sein sollte, weshalb sagte dann der Prätor nicht geradezu: „Quod tu prior illum vi hominibus armatis non deieceris?“

Hiernach wird die Behauptung gerechtfertigt erscheinen, daß unsre exceptio einen weit beschränktern Sinn gehabt habe, als den von uns bekämpften; und damit haben wir zugleich die Erklärung gewonnen, weshalb sie nicht als ständige vorkommt: da sie an ganz besondere Voraussetzungen geknüpft ist, hat ihre Einfügung nur dann einen Zweck, wenn der Impetrat sich auf diese Voraussetzungen beruft.

Es kommt also darauf an, diese Voraussetzungen zu ermitteln. Keller[10]) thut dies m. E. durchaus zutreffend in folgender Weise.

Solange das interdictum de vi armata außer einer mit Waffengewalt verübten Vertreibung des Impetranten auf dessen Seite nichts weiter voraussetzte, als daß er im Augenblicke dieser Vertreibung in irgend einer thatsächlichen Beziehung zu dem Grundstücke gestanden habe, von welchem der Gegner ihn vertrieben hatte, solange konnte er das Interdict an sich mit Erfolg auch dann anwenden, wenn jene Beziehung unmittelbar zuvor durch die mit Waffengewalt vollzogene Vertreibung des Impetraten aus dem streitigen Grundstücke geschaffen worden war. Eine solche Anwendung des Interdicts mußte jedoch unbillig erscheinen: ihr stellte sich unsre exceptio entgegen. Wie deren

10) Semestr. p. 133 sq. — Verstehe ich Pfügers Ansicht recht, so geht diese in einer Beziehung über Kellers Ansicht hinaus, insofern nach ihr die exceptio auch gegenüber demjenigen stattfindet, der prior vi hominibus armatis gekommen ist, um einen weder ihm noch dem Gegner zuständigen Besitz zu occupiren, jedoch dem ebenfalls bewaffneten Gegner hat weichen müssen, wie es Pflüger nach Vorgang Andrer in Beziehung auf Caecina annimmt a. a. O. S. 33 ff. Indessen, stände selbst die Absicht Caecinas fest, den Besitz des fundus Fulcinianus erforderlichenfalls mit Gewalt festzuhalten, sobald er ihm unter dem Vorwande, sich vereinbartermaßen daraus deduciren zu lassen, erlangt haben würde, so dürfte es doch höchst zweifelhaft sein, ob in seinem Auftreten, soweit wir davon wissen, in der That eine vis gelegen habe: eine Bedrohung des Aebutius, der ihm in der Besitznahme zuvorgekommen war, ist schwerlich anzunehmen. Es scheint mir allzu geistreich, wenn Pflüger in Cic. ad div. VII. 13, 2 cit. eine Anspielung auf das Kopfzerbrechen finden möchte, welches dem Trebatius die Frage verursacht habe, was zu machen sei, wenn Aebutius dem interdictum de vi armata Caecinas unsre exceptio entgegensetzen sollte.

Fassung einerseits genau das vorausgesetzte Verhältniß deckt, so schließt sie anderseits die Vertheidigung mit einer weiter zurückliegenden Dejection aus. Sobald jedoch auch das interdictum de vi armata nur demjenigen ertheilt wurde, der aus dem juristischen Besitze eines Grundstücks vertrieben worden war, da war unsre exceptio überflüssig geworden. Die in ununterbrochener Fortsetzung des Kampfes mit Waffengewalt erfolgte Vertreibung dessen, der seinerseits den Vertreibenden unmittelbar zuvor vertrieben hatte, galt fortan als Vertheidigung des eignen Besitzes, nicht mehr als Dejection: der Umstand, daß der Gegner während des Kampfes vorübergehend den Besitzer aus dem streitigen Grundstücke verdrängt hatte, gab jenem selbst ebenso wenig dessen Besitz, als er ihn diesem entzog. Der letztere bedurfte m. a. W. zur Abhülfe gegen das etwa wider ihn erwirkte Interdict unsrer Einrede nicht; ein vi adversarium deiecisse fiel ihm überhaupt nicht zur Last. Und wie Julian es in l. 17 h. t.[11]) allgemein ausspricht, daß der Dejicirte, der in ununterbrochener Fortsetzung des Kampfes um den Besitz von seinem Dejicienten den entrissenen Besitz alsbald wieder gewinnt, nur den alten Besitz behaupte, nicht aber seinerseits gewaltsam besitze, so wiederholt Ulpian in l. 3 §. 9 h. t. den nämlichen Gedanken in besonderer Anwendung auf das interdictum de vi armata.

5. Daß unser Interdict, anders als dasjenige de vi non armata, auch gegen Eltern und Patrone des Dejicirten stattfand, haben wir bereits gesehen[12]); nicht minder, daß die Erben des Dejicienten ebensowenig mit dem einen wie mit dem andern Interdicte belangt werden konnten, sondern nur mit einer actio perpetua in factum

11) S. oben S. 99.

12) L. 1 §. 43 h. t. l. 7 §. 2 D. de obseq. par. 37, 15. S. oben §. 1848 Ziffer 14 S. 126.

in quantum ad eos pervenit dolove malo eorum factum est, quo minus perveniret[13]).

Eine Verschiedenheit im Verfahren würde nach Huschke[14]) zwischen beiden interdicta de vi insofern bestanden haben, als nach Ciceros Rede für den Caecina beim interdictum de vi armata zu Ciceros Zeit die Erbittung eines arbiter unstatthaft gewesen sein soll. Wir haben jedoch bereits an einer frühern Stelle dieser Serie des Commentars gesehen[15]), daß jene Ansicht nicht begründet ist; es genügt hier, auf jene Ausführung zu verweisen.

§. 1848b.

γ. Das interdictum Si uti frui prohibitus esse dicetur.

1. Ein drittes interdictum de vi war proponirt zum Schutze dessen, dem gewaltsam die Ausübung des Nießbrauchs entzogen worden ist. Dieses Interdict trug die besondere Rubrik: Si uti frui prohibitus esse dicetur.

Vat. fragm. §. 91:

Idem[1]) libro II de interdictis sub titulo „si uti frui prohibitus esse dicetur".

Da derjenige, der sich im Genusse des Nießbrauchs befindet, nicht juristischer Besitzer der Sache ist, deren Fruchtgenuß er bezieht, so paßte jedenfalls die Fassung des interdictum de vi non armata für ihn nicht[1a]); viel-

13) L. 3 pr. §. 1 h. t. vbd. mit l. 1 §. 48, l. 2 eod. S. oben §. 1848 Ziffer 17 S. 136f.

14) Analecta litteraria p. 178 sq. ad v. restituas.

15) Thl. 2 S. 227f.

1) Der Verfasser der §§. 90 und 91 ist unbekannt.

1a) A. M. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 152, der dem Nießbraucher, wie jedem Detentor, mit Ausnahme des Pächters oder Miethers, das Unde vi beilegt. Er findet dies für den Nießbraucher bezeugt in Vat. fragm. §. 90 und l. 9 §. 1

mehr war eine Umformung dieser Fassung erforderlich. Vermuthlich ist die hierauf gerichtete Bemerkung Ulpians der ursprüngliche Inhalt des §. 13 der l. 3 h. t. gewesen. Im Zusammenhange mit dem Schlusse des §. 12 auf sinnstörende Weise verderbt, lautet die ganze Stelle, wie sie uns überliefert worden, so:

L. 3 §§. 12 sq. h. t.

Ulp. lib. 69. ad ed.:

Hoc interdictum (scil. de vi armata) etiam adversus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur: et post annum reddetur in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit unde vi. §. 13: Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usu fructu fundi.

Wir haben schon gesehen, daß der Schluß des §. 12 auf Interpolation beruht, die nach Erstreckung der exceptio annalis auf die vis armata nöthig geworden war[2]). Höchst wahrscheinlich ist das „prohibuit“ ein Abschreiberfehler etwa für deiecit; die Worte „unde vi“ aber gehören schwerlich zu §. 12. Vielmehr sind sie entweder eingeschoben, weil man die Bezeichnung des in §. 13 erwähnten Interdicts in dem Satze: „si prohibeatur uti frui usu fructu fundi“ nicht erkannte[3]); oder sie sind, wenn echt, durch Beifügung eines utile zu ergänzen[4]). Freilich

und l. 10 h. t. Das Verhältniß dieses vermeintlichen Unde vi directum des Nießbrauchers zu dem in l. 3 §§. 13 sq. h. t. behandelten Interdicte zu erörtern, hat Klein sich vorbehalten S. 152 N. 113 a. E. Einstweilen dürfte eine Widerlegung unnöthig sein.

2) S. §. 1848a Ziffer 3 S. 163.

3) So Lenel, palingen. vol. II col. 819 nr. 1534 n. 3. Vgl. Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 232 N. 19.

4) So Ad. Schmidt in Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 3 S. 256 N. 19 in der Mitte.

war die Faſſung dieſes Interdictes derjenigen des Unde vi nicht nachgebildet; allein das ſteht ſeiner Bezeichnung als utile de vi ebenſowenig entgegen, wie die Thatſache, daß es proponirt war[5]). Bei der erſten Annahme würde Ulpian einfach auf die Nothwendigkeit eines beſondern Interdicts für den Nießbraucher hinweiſen; bei der andern würde er zugleich aufmerkſam machen, daß für jenen die gewöhnliche Faſſung des Unde vi nicht paſſe, alſo eine abweichende erforderlich geweſen ſei.

Nach Lenel[6]) lautete das Interdict vermuthlich ſo:

Quo fundo in hoc anno tu illum uti frui[7]) prohibuisti aut familia tua prohibuit, cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur, eo . . . restituas.

Dafür, daß bei Verhinderung mit Waffengewalt nach dem Vorbilde des interdictum de vi armata die exceptiones annalis und vitiosae quasi possessionis ausgelaſſen

---

5) Vat. fragm. §. 91 inscriptio cit. l. 27 D. de donat. 39, 5. cf. Vat. fragm. §. 90: — Si usu fructu legato legatarius fundum nanctus sit, non (dies *non* fehlt in der Handſchrift) competit interdictum (scil. Quod legatorum) adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. inde et (ut *scrib.* Huschke) interdictum Uti possidetis utile hoc nomine proponitur, *et* Unde vi, quia non possidet (etiam *ins.* Huschke), utile datur, *quod* tal*iter* (Huschke; vel tale Mommsen) concipiendum est etc. S. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 20ff.; Thl. I dieſer Serie des Commentars §. 1833 Ziffer 4 S. 29f. N. 67. A. M. hinſichtlich der Bezeichnung utile Huſchke ad Vat. fragm. §. 91 i. f. — Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 88 N. 1.

6) Ed. perp. S. 376.

7) Huſchke ad. Vat. fragm. §. 91 will durch Gemination aus dem frui vor prohibuisti einſchieben „vi“. Dagegen Rudorff zu v. Savignys Beſitz 7. Aufl. S. 714 N. 1 nach l. 3 §§. 13—15 h. t., die durchweg nur von prohibere uti frui reden.

worden seien, wie Rudorff annimmt[8]), haben wir keinen Anhaltspunct; doch ist die Möglichkeit nicht zu bestreiten.

Auf welchem Rechtsgrunde der Nießbrauch beruht, dessen Ausübung durch unser Interdict geschützt werden soll, ist einerlei, kommt es doch auf das Dasein des Nießbrauchsrechtes gar nicht an.

L. 3 §. 16 i. f. h. t.:

— ex quacunque enim[8a]) causa constitutus est usus fructus vel usus, hoc interdictum locum habebit.

Als edictswidrige Verhinderung gilt die gewaltsame Dejection dessen, der sich in der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstücke befindet, von diesem Grundstücke; nicht minder aber auch die gewaltsame Verhinderung dessen, der ein seiner thatsächlichen Nutznießung unterliegendes Grundstück vorübergehend verlassen hat, an der Rückkehr dorthin. Wer dagegen die Ausübung des Nießbrauchs erst beginnen will, hat bei gewaltsamer Verhinderung daran das Interdict nicht, ist vielmehr auf die confessoria actio verwiesen.

L. 3 §. 14 h. t.:

Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem aut non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa. ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. quid ergo est? debet fructuarius usum fructum vindicare.

Wie hierin, so ist auch darin unser Interdict dem Unde vi directum nachgestaltet, daß es sich auf den Schutz der Ausübung des Nießbrauchs an Grundstücken beschränkt. Ob diese mit Gebäuden besetzt sind oder nicht, macht keinen Unterschied. Auf bewegliche Sachen jedoch erstreckt sich das Interdict seinem Vorbilde gemäß soweit, als

8) De iuris dictione edictum §. 243 p. 215.

8a) denique *scr.* M.

ſolche auf dem Grundſtücke ſich befinden, deſſen thatſächliche Nutznießung dem Impetranten entzogen worden iſt. Und zwar gilt dies nicht nur für diejenigen beweglichen Sachen, an denen er ebenfalls lediglich den Nießbrauch ausübt, ſondern muß auch von denen gelten, an denen er juriſtiſchen Beſitz und vollends Eigenthum hat.

L. 3 §. 15 h. t.:

Pertinet autem hoc interdictum ad eum, qui fundo uti frui prohibitus est: sed pertinebit etiam ad eum, qui aedificiis uti frui prohibetur. consequenter autem dicemus ad res mobiles hoc interdictum non pertinere, si quis uti frui prohibitus est re mobili, nisi si rei soli accedebant res mobiles: si igitur ibi fuerunt, dicendum est etiam ad eas referri hoc interdictum debere.

L. 60 pr. D. de usufr. 7, 1:

Paul. lib. 5. sent. Cuiuscumque fundi usus fructuarius prohibitus aut deiectus de restitutione omnium rerum simul occupatarum agit etc.

Nach den Schlußworten der l. 3 §. 15 cit. ſcheint es übrigens ſo, als ob die Faſſung des Interdicts nicht befohlen habe zu reſtituiren quaeque tunc ille ibi habuit[9]), die Ausdehnung des Reſtitutionsbefehles hierauf vielmehr erſt durch die Praxis geſchehen ſei.

Ohne Zweifel fand mindeſtens ſeitens eines Impetraten, der ſich nicht einer vis armata ſchuldig gemacht hatte, die exceptio vitiosae quasi possessionis ſtatt. Selbſtverſtändlich aber mußte dieſe exceptio verſchwinden, nachdem ihr Vorbild im interdictum Unde vi auch bei unbewaffneter Dejection ausgeſchloſſen war. Demgemäß iſt entſprechend dem §. 6 J. de interd. 4, 15 auch l. 3 §. 17 init. h. t. interpolirt.

---

9) Wie Rudorff a. a. O. zu N. 5 annimmt. Lenel läßt es dahingeſtellt ſein.

Qui usus fructus nomine qualiterqualiter[10]) fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto etc.

Der Restitutionsbefehl geht dahin, den an der Ausübung des Nießbrauchs Verhinderten in dieselbe rechtliche Lage zurück zu versetzen, in welcher er sich befinden würde, wenn er nicht verhindert worden wäre. Ist der Nießbrauch erloschen, weil der Proprietar seine Ausübung verhindert hat, so muß dieser ihn daher neu bestellen, um dem Interdicte zu genügen.

L. 9 §. 1 h. t.:

Paul. lib. 65. ad ed. Deiectum ab usu fructu in eandem causam praetor restitui iubet, id est in qua futurus esset, si deiectus non esset. itaque si tempore usus fructus finitus fuerit, postquam deiectus est a domino, nihilo minus cogendus erit restituere, id est usum fructum iterum constituere.

Anders, wenn ein Dritter den Nießbraucher dejicirt hat, und infolge davon der Nießbrauch durch Nichtgebrauch erloschen ist. Auch hier consolidirt allerdings die proprietas; allein das verpflichtet den Eigenthümer dem frühern Nießbraucher zur Wiederherstellung des Nießbrauchs nicht; jener hat sich wegen seiner Entschädigung lediglich an den Dejicienten zu halten, und zwar ohne Unterschied, ob der letztere wegen der in der Dejection des Nießbrauchers liegenden Dejection des Eigenthümers auch von diesem mit dem Unde vi belangt wird oder nicht.

L. 10 h. t.:

Gaius. lib. 2. ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa. Si de fundo proprietarium et fructu-

10) Eben dieser Ausdruck ist an die Stelle dessen gesetzt, womit Ulpian auf die exceptio vitiosae quasi possessionis hingewiesen hat.

arium praedo expulerit, atque ob id fructuarius constituto tempore non usus perdiderit ius suum, nemo dubitat, quin dominus, sive experiatur cum fructuario adversus praedonem, sive non experiatur, retinere debeat reversum ad se usum fructum et, quod fructuarius perdidit, id ad damnum eius pertineat, cuius facto periit.

Ist der Nießbrauch durch capitis deminutio oder Tod des Nießbrauchers erloschen, nachdem dieser an der Ausübung jenes Rechtes verhindert worden war, so steht unser Interdict gleichwohl den Erben oder den Rechtsnachfolgern des frühern Nießbrauchers zu, selbstverständlich nicht mit der Wirkung, daß ihnen ein neuer Nießbrauch bestellt werden müßte, sondern nur dahin, daß ihnen der ihrem Rechtsvorgänger durch die Verhinderung der Ausübung erwachsene Schade ersetzt werde.

L. 3 §. 17 i. f. h. t.:

— sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur.

In der Compilation ist der Untergang des Nießbrauchs durch capitis deminutio lediglich von der capitis deminutio maxima und media zu verstehen[11]); successores des Nießbrauchers infolge solcher capitis deminutio können hier sein der Fiscus, der das Vermögen eines servus poenae oder eines Deportirten einzieht[12]); der gutgläubige Erwerber eines solchen bisher freien Menschen, der maior viginti annis sich pretii participandi causa als Sklaven hat verkaufen lassen[13]), und endlich

11) L. 16 §§. 2 sq. Cod. de usu fructu 3, 33. §. 3 J. eod. 2, 4.

12) L. 1 pr. D. de bon. damn. 48, 20.

13) L. 7 pr. §§. 1—3; l. 23 pr. D. de lib. c. 40, 12; l. 3 D. quib. ad lib. procl. n. licet 40, 13; l. 2 pr. D. si ingen. 40, 14; l. 6 §. 5 D. de iniusto rupto 28, 3.

derjenige, dem sein Freigelassener wegen Undanks wiederum als Sklave addicirt worden ist[14]). In Ulpians Munde aber kam auch die capitis deminutio minima in Betracht, vermöge deren eine Universalsuccession für den arrogator und den maritus coemptionator stattfand[15]); und unter den Fällen der capitis deminutio maxima galt für ihn noch der, durch Justinian beseitigte, Fall des Senatusconsultum Claudianum[16]). Für uns ist die ganze Sache unpraktisch.

Gegen den Erben des Dejicienten wird statt unsres Interdicts, ebenso wie statt des Unde vi directum, eine actio in factum ertheilt in id, quod ad eum pervenit, welche übrigens nicht proponirt gewesen zu sein scheint[17]).

L. 3 §. 18 h. t.:

Heres quoque simili modo debebit in factum actionem suscipere in id, quod ad se pervenit.

Heute haftet er bis zum Nettowerthe der Erbschaft.

2. Zum Schutze der Ausübung eines bloßen Usus wurde unser Interdict utiliter gegeben; es wurde dabei ohne Zweifel statt uti frui einfach uti gesetzt.

L. 3 §. 16 cit. init. h. t.:

Item si non usus fructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum etc. (s. oben S. 193).

Und ähnlich wurde nach dem Vorbilde unsers Interdictes im Einzelfalle ein Interdict ertheilt zum Schutze der Ausübung eines bloßen Wohnrechtes, selbst dann,

---

14) §. 1 J. de cap. min. 1, 16; l. 21 pr. D. quod met. 4, 2; l. 7 D. ad Sc. Silan. 29, 5; tit. Cod. de libert. et eor. fil. 6, 7.

15) Gai. III, 82—84; I, 115b; II, 98. cf. I, 111; 136.

16) Gai. I, 91; Ulp. XI, 11; Paul. II, 21 A. — §. 1 J. de succ. subl. 3, 12.

17) Lenel ed. perp. S. 376 a. E.

wenn dieſes auf ein Stockwerk oder ſogar ein einzelnes Zimmer beſchränkt war.

L. 27 D. de donat. 39, 5:

Papinian. lib. 29. quaest. Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: „quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti.“ defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus[18]), et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede renumeratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse[19]). quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit.

§. 1849.

2. Das interdictum de precario[1]).

Dig. XLIII, 26. *Paul.* R. S. V, 6, 10—12. L. 2

18) Vgl. l. 32 eod.

19) Als Schenkung wäre die Zuwendung nach der lex Cincia bezw. deren Erweiterung durch das Edict anfechtbar geweſen, weil die zur Beſtellung einer civilen servitus habitationis erforderliche in iure cessio fehlte. Der Satz: morte Cincia removetur aber hätte den Erben des Regulus nicht entgegengeſtanden: er bezieht ſich lediglich auf Schenkungen durch Eigenthumsübertragung; der geſchilderte Hergang jedoch, als Schenkung aufgefaßt, würde ein Erlaß des Miethzinſes ſein. L. 9. eod — v. Jhering, der Beſitzwille S. 418 N. 1, verſteht den Ausſpruch Papinians dahin, es liege in der Zuwendung der Wohnung kein Precarium; mir ſcheint davon überhaupt nicht die Rede zu ſein.

1) v. Savigny, Recht des Beſitzes §. 42 7. Aufl. S.

Cod. Just. de prec. et de Salv. interd. 8, 9. *Basil.* LVIII, 24.

1. Das interdictum de precario lautete nach l. 2 pr. h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Ait praetor: „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas."

Es iſt alſo reſtitutoriſch.

L. 2 §. 1 h. t.:

Hoc interdictum restitutorium est.

Ueber die Bedeutung des „precario habere" belehren uns

l. 1 pr. §§. 2 und 3 D. h. t.:

Ulp. lib. 1. instit. Pr.: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. — §. 2: Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, atqui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libu-

458—465. Jo. Guil. Bickell, de precario Marburgi 1820. (Inaug.-Diſſ.) G. E. Schmidt, das Commodatum und precarium Leipzig 1841. Bulling, das Precarium Leipzig 1846. Bruns, die Beſitzklagen §. 15 S. 180—184. Meiſcheider, Beſitz und Beſitzſchutz S. 468—470. H. Dankwardt, das Precarium und die Emphyteuſe in v. Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 284—340. Ubbelohde, über das Precarium an körperlichen Sachen im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 59 S. 221—268. Vittoria Scialoja, Sopra il precarium Roma 1878 (mir nicht bekannt). Derſ., il possesso del precarista in Studi giuridici e storici publicati per VIII Centenario dell' Università di Bologna Roma 1888 p. 223—240. Bekker, das Recht des Beſitzes bei den Römern Leipzig 1880 §. 18 S. 122—139. W. Dücker, Beiträge zur Lehre vom Precarium. Kieler Inaug.-Diſſ. Altona 1882. Lenel ed. perp. §. 258 S. 389.

erit precarium solvere. §. 3: Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

L. 2 §. 3 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat:

L. 3 h. t.:

Gaius lib. 25. ad ed. prov. veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium[1a]) vel tignum in parietem immissum habeas.

L. 15 §. 2 h. t.:

Pomponius lib. 29. ad Sabin. Precario habere etiam ea, quae in iure consistunt, possumus, ut immissa vel protecta.

L. 17 i. f. D. comm. praed. 8, 4:

Papinian. lib. 7. quaest. — ceterum si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur et interdicto „Quod precario habet“ utiliter cum eo agetur. quod si donationis causa permiseris, et interdicto agere non poteris et servitus donatione tollitur.

Das Precarium iſt alſo ein Vertrag[1b]), durch welchen

1a) avertas *ins.* M.

1b) Windſcheid, Lehrbuch Bd. 2 §. 376 N. 2 (ähnlich Lenel, Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 19 S. 208) bezeichnet es als die von mir im Archiv für die civil. Prax. Bd. 59 S. 225 ff., S. 241 ff. ausgeſprochene Anſicht, daß das römiſche Recht nie dazu fortgeſchritten ſei, das Precarium als Vertrag anzuerkennen. Richtig iſt es, daß nach der dort von mir geäußerten Anſicht das römiſche Recht aus dem Ver-

der eine Contrahent auf willkürlichen Widerruf dem andern die Innehabung einer Sache oder die Ausübung einer Gerechtsame überläßt, oder umgekehrt zugunsten des andern auf solche Ausübung verzichtet.

Und zwar findet das Sachenprecarium ebenso wohl an beweglichen Sachen statt, als an Grundstücken.

L. 4 pr. h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit.

Auch ein bestimmtes Stück einer an sich fungibeln, doch nicht consumptibeln Art, z. B. das Exemplar eines gedruckten Buches, kann gerade so gut den Gegenstand eines Precarium bilden, wie eines Commodates: natürlich aber kommt es dabei nicht als res fungibilis in Betracht, sondern als species[1c]). Consumptibilien dagegen können den Gegenstand eines Precarium nicht ausmachen[1d]).

---

trage des Precarium nie eine Vertragsobligation hat entspringen lassen; allein nie habe ich verkannt, daß in der Hingabe zum Precarium und der entsprechenden Annahme ein Vertrag liege. Dagegen bestreitet Dankwardt a. a. O. S. 292 ff. ausdrücklich, daß das Precarium ein Vertrag sei, weder ein constituirender (d. h. ein dem Precaristen vertragsmäßige Rechte gewährender), noch ein obligatorischer; er hält es für ein einseitiges Rechtsgeschäft, „ein pactum de facto", wie er an der concessio peculii zu veranschaulichen sucht, die nach ihm ebenfalls ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. M. E. beruht diese Ansicht auf einer Unklarheit über den Begriff des Vertrages.

1c) Es beruht wohl auf der Verwirrung des Begriffes von Fungibilien und von Consumptibilien, wenn nach dem Vorgange Anderer noch Dankwardt a. a. O. S. 299 N. 7. bestreitet, daß fungibele Sachen precario gegeben werden können.

1d) An Consumptibilien, z. B. an Geldstücken, ist allerdings ein Commodat möglich, sofern es zu einem Zwecke gewährt wird, bei dem ein consumere nicht eintritt, z. B. zum Anlegen beim Kartenspiele. Ein Precarium aber gewährt stets die

Eine Form für den Abschluß dieses Vertrages ist nicht vorgeschrieben; derselbe kann mündlich oder schriftlich, auch unter Abwesenden, also namentlich brieflich und durch einen Boten, vorgenommen werden, ja durch stillschweigendes Geschehenlassen seitens des precario dans.

L. 9 h. t.:

Gaius lib. 26. ad ed. prov. Precario possessio consisti potest vel inter praesentes vel inter absentes, veluti per epistolam vel per nuntium.

Paul. V, 6, 11:

Precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet[1e]).

Das Precarium eines mit Gerechtsamen versehenen Grundstücks gewährt dem Precaristen ohne weiteres auch deren Ausübung.

L. 1 §. 11 D. de it. actuq. priv. 43, 19:

Ulp. lib. 70. ad ed. Si tibi fundum precario concessero, cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris: an noceat tibi exceptio, si adversus eum velis interdicere, a quo precario viam rogasti? et magis est, ut noceat. idque colligi potest ex eo, quod Julianus scribit in specie huiusmodi. quaerit enim, si ego tibi fundum precario dedero, cui via debebatur, et tu rogaveris precario, ut ea via utaris, nihilo minus utile interdictum mihi esse, quia, sicuti me precarium rei meae me non tenet, ita nec per te precario possidere intellegor: quotiens enim colonus meus aut is, cui precario fundum dedi, via utitur, ego ire intellegor, propter

---

volle Nutzung seines Gegenstandes, ist also mit der Beschränkung auf einen bestimmten Zweck unvereinbar.

1e) S. auch l. 8 §. 2 h. t. (s. unten S. 221).

quod et recte dices me itinere usum. quae ratio, inquit, efficit, ut, si ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dedero, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur, inutile esset interdictum, et precario eo itinere usus videar, non immerito: non enim opinio tua, sed mea quaerenda est. tu tamen, credo, poteris interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat *Julianus*.

Das Precarium an einer Sklavin erſtreckt ſich auf das von ihr während des Precarium geborne Kind.

L. 10 h. t.:

Pomponius lib. 5. ex Plautio. Quamvis ancillam quis precario rogaverit, id actum videtur, ut etiam quod ex ancilla natum esset, in eadem causa haberetur.

Hiernach wird anzunehmen ſein, daß das Precarium überhaupt die ſelbſtändigen Acceſſionen der precario gegebenen Sache ergreift, deren Innehabung der precario dans dem Precariſten ohne weiteres zu überlaſſen vermag, alſo die insula in flumine nata, den alveus derelictus, — nicht jedoch die dem Grundeigenthümer zufallende Hälfte des Schatzes: an dieſer kann der Grundeigenthümer ohne Zuſtimmung des beſitzenden Finders die Innehabung dem Precariſten nicht überlaſſen.

Die dem Precariſten eingeräumte Erlaubniß zum Aufenthalte auf einem Landgute kommt auch ſeiner Familie und ſeinem Geſinde zugut.

L. 21 h. t.:

Venuleius lib. 4. act. Cum precario quis rogat, ut ipsi in eo fundo morari liceat, supervacuum est adici „ipsi suisque“: nam per ipsum suis quoque permissum uti[2]) videtur.

---

2) utique *scr. vel* uti *del.* M.

Immer aber erfordert der Begriff des Sachenprecarium die Erlaubniß, thatsächlich über die Sache selbst zu verfügen; Precarist ist deshalb nicht, wer als Gast in eine fremde Wohnung aufgenommen wird, ja, nicht einmal derjenige, dem einzelne Räume in einem Hause zum Bewohnen unentgeltlich überlassen worden sind[3]).

L. 15 §. 1 h. t.:

Pomponius. lib. 29. ad Sabin. Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelleguntur precario habere[3a]).

Damit verträgt es sich recht gut, wenn der nämliche Pomponius im 33. Buche des nämlichen Werkes sagt:

3) Hinsichtlich der Haftung de effusis et deiectis besteht zwischen hospites und gratuito habitantes ein wesentlicher Unterschied. l. 1 §. 9 de his, qui eff. 9, 3.

3a) Bekker sagt a. a. O. S. 137 zu dieser Stelle: „Der Grund dieser Abgrenzung ist wohl darin zu finden, daß der eigentliche Precariatsvertrag fehlt, die erfüllte Bitte deren Erfüllung dem Bitter eine Art von Recht verleiht denselben aber zugleich auch in eine Art von Abhängigkeit zu dem Erfüller bringt." Für die Feinheit dieser „Abgrenzung" fehlt mir das Verständniß.

Bähr in v. Iherings Jahrb. XXVI S. 296 N. 61 findet es sonderbar, daß l. 15 §. 1 cit. gerade für die unentgeltliche Einräumung „einer selbständigen Wohnung" den Begriff des Precarium ablehne: er hat eben übersehen, daß diese „selbständige Wohnung" doch nicht das ganze Gebäude ergreift, sondern nur einzelne Räume, immerhin etwa auch ganze Stockwerke, deren Räumung natürlich unter allen Umständen über kurz oder lang geschehen muß.

Eben unsre l. 15 §. 1 hätte auch v Ihering, Besitzwille S. 419f., davon zurückhalten sollen, in der Verstattung der vorübergehenden Benutzung eines Grundstücks zum Lagern oder Einstellen von Sachen einen Hauptfall des sog. Detentionsprecarium zu erblicken. Wenn v. Ihering in derartiger Gestattung ein Commodat deshalb nicht annimmt, weil bei bei ihr nicht der Hofplatz, die Scheune, die Remise, wo jenes Lagern oder Einstellen geschehen soll, übergeben wer-

L. 9 pr. D. de donat. 39, 5:

In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam.

Denn als Gegenstand der Schenkung gilt bei der schenkungshalber erfolgten unentgeltlichen Ueberlassung eines Wohnraums nicht der Wohnraum selbst, sondern der Betrag des Miethzinses, den der Schenkgeber aus diesem Raume hätte gewinnen können, und den er damit dem Schenknehmer erläßt. Geschieht eine solche unentgeltliche Ueberlassung auf jederzeitigen Widerruf, so bleibt der thatsächlich ersparte Miethzins immer geschenkt; ein Precarium an dem Wohnraume aber hat nie bestanden[3b]).

Dadurch wird jedoch keineswegs die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Eigenthümer eines Wohnhauses einem Dritten daran die Ausübung eines Wohnrechtes precario übertrage[3c]): hierin liegt ein precarium servitutis.

Das Precarium einer fruchttragenden Sache gewährt dem Precaristen an den von ihm bezogenen[3d]) Früchten

---

den, vielmehr im Besitze des Concedenten bleiben, so übersieht er, daß nicht die Benutzung des ganzen Hofplatzes u. s. w. eingeräumt werden soll, sondern nur diejenige des für den vorliegenden Zweck erforderlichen Raumes darin, daß es sich m. a. W. lediglich um ein sog. commodatum loci handelt.

3b) Wunderlich mißverstanden hat die l. 15 §. 1 h. t. Bulling a. a. O. S. 21 f. N. 7., der sie aus der Unwiderruflichkeit einer einmal gemachten Schenkung erklären will, indem er sich auf l. 9 pr. D. de donat. 39, 5 beruft.

3c) L. 2 Cod. h. t. 8, 9. (s. unten Ziffer 3 vor N. 44). Vgl. unten Ziffer 2 zu N. 24 a.

3d) Dankwardt a. a. O. S. 307 f. läßt schon die Separation

dasjenige Recht, das der precario dans bei eigenem Bezuge an ihnen haben würde, also das Eigenthum, wenn dieser Eigenthümer oder an Stelle des Eigenthümers bezugsberechtigt ist. Denn der Precarist erwirbt die Früchte nicht kraft eignen Rechtes an der fruchttragenden Sache, sondern, wie der Pächter, nur domini voluntate; sein Erwerb ist also abhängig vom Rechte des Concedenten*).

L. 13 §. 21 D. de A. E. 19, 1 (s. unten S. 212).

L. 8 §. 4 i. f. h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. — et fructus ex die interdicti editi praestabuntur (die vorher bezogenen behält also der Precarist).

Isidor. Orig. V, 25, 17: Precarium est, dum prece creditor rogatur per debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

Meist wird vom Precaristen eine Gegenleistung nicht verlangt; und in dieser Unentgeltlichkeit liegt die Verwandtschaft des Precarium zur Schenkung einerseits und zum Commodate anderseits.

Der begriffliche Unterschied des Precarium von der Schenkung beruht nicht, wie man nach l. 1 §. 2 h. t. annehmen möchte, in der Widerruflichkeit. Denn bei einer Schenkung von Todeswegen ist die Befugniß des Schenkgebers zu willkürlichem Widerrufe selbstverständlich[4]), und bei einer Schenkung unter Lebenden kann wenigstens der

---

entscheiden, und zwar aus dem Grunde, weil der Precarist „bis zur Revocation des Precarii nach der Absicht des Concedenten iure domini steht".

3e) A. M. Dankwardt a. a. O. S. 308 Nr. 1, weil der Precarist redlicher Besitzer sei, wie der, welcher den Besitz bona fide ex iusta causa erworben habe, und deshalb diesem gleich behandelt werden müsse.

4) L. 16, l. 30 D. de mort. c. don. 39, 6. Vgl. l. 13 §. 1. l. 35 §. 4 eod. Nov. 87 praef. c. 1.

Schenkgeber sich den willkürlichen Widerruf vorbehalten[5]). Aber die Schenkung, und zwar auch die widerrufliche, überträgt das verschenkte Recht als solches auf den Schenknehmer: das Precarium gewährt ihm nur eine thatsächliche Nutzung.

Stimmt hierin das Commodat mit dem Precarium überein, so ist es von diesem zunächst dadurch verschieden, daß es den Fruchtgenuß nicht gewährt[6]). Sodann liegt ein Commodat wenigstens nach der Ansicht einzelner römischer Juristen auch in der unentgeltlichen Ueberlassung bestimmter Räume zur Wohnung[6a]). Erheblicher jedoch ist es, daß im Gegensatze zum Precaristen der Commodatar aus dem zwischen ihm und dem Commodanten abgeschlossenen Vertrage nicht nur verpflichtet wird, sondern auch seinerseits einen vertragsmäßigen Anspruch gegen den Commodanten gewinnt. Dieser Anspruch geht in erster Reihe auf die Gewährung der vertragsmäßigen Benutzungsbefugniß; sodann auf Ersatz des Schadens, der ihm durch das im gegebenen Falle den Commodanten haftbar machende Verschulden des letztern erwächst, und endlich auf Ersatz der auf den Gegenstand des Commodates verwandten, nicht durch dessen Gebrauch selbst bedingten, nothwendigen Verwendungen.

5) L. 37 §. 3 D. de legat. III.

6) L. 38 §. 10 D. de usur. 22, 1. cf. l. 9 §. 1 D. de donat. 39, 5. A. M. Randa, der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen u. s. w. 3. Aufl. S. 139 N. 30 a. E., der sich dafür auf l. 1 pr. §. 1 D. Loc. 12, 6 (soll wohl heißen: commod. 13, 6) beruft.

6a) L. 1 §. 1 i. f. D. commod. 13, 6; l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19, 5. Eine Schenkung liegt darin jedenfalls nicht, sofern die Wohnung nicht durch Vermiethen nutzbar gemacht werden kann; denn in diesem Falle liegt in der Gebrauchsüberlassung kein Vermögensopfer. Andernfalls kommt es m. E. auf die Absicht dessen an, der dem Andern die Wohnung unentgeltlich überläßt.

L. 17 §. 3 D. commod. 13, 6:

Paul. lib. 29. ad ed. Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

Beim Precarium dagegen wird auf das Beſtimmteſte die völlige Unverbindlichkeit des Vertrages für beide Theile betont.

L. 1 pr. h. t. (oben S. 199.) §. 1: Et naturalem habet in se aequitatem (sc. interdictum de precario), namque precarium revocare volenti competit[6b]): est enim naturae aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem etc.

6b) namque — competit *del.* M.

L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2:

Ulp. lib. 29. ad Sabin. Is, qui precario servum rogaverat, subrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse.

L. 8 §. 3 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. illud adnotatur, quod culpam non praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat. nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit, cum totum[7]) ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit, et satis est, si dolus tantum praestetur. culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.

L. 14 h. t.:

Paul. lib. 13. ad Sabin. Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio.

L. 15. pr. h. t.:

Pomponius lib. 29 ad Sabin. Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.

Paul. V, 6, 10:

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat[8]) — eo vel maxime,

7) hoc. *ins.* M.

8) Ueber den hier ausgelassenen Satz: nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit s. unten Ziffer 5 nach N. 61.

quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet.

Uebrigens ist Unentgeltlichkeit für das Precarium durchaus nicht wesentlich: der Precarist kann sich recht wohl verpflichten, für die Dauer des ihm thatsächlich gewährten Genusses einen Miethspreis zu zahlen[8a]):

L. 10 §. 1 D. de a. p. 41, 2:

Ulp. lib. 69. ad ed. Idem *Pomponius* bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogaverit, non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit.

8a) Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 188 N. 1 a. E. Dücker, Beiträge S. 7ff., fordert zum Wesen des Precarium Unentgeltlichkeit. Um diese Behauptung mit l. 10 §. 1 D. de a. p. 41, 2 und l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3 zu vereinigen, erfindet er S. 4 für jene Stellen folgende Thatbestände: In l. 33 §. 6 vermiethet der creditor „die ihm verpfändete bewegliche Sache, sagen wir einen Wagen, dem debitor, macht aber aus, daß der Wagen nach jedesmaligem Gebrauche sofort wieder zu ihm zurückgebracht werde. Mit der Zeit wird das Abholen und Rückliefern dem debitor lästig, und auf seine Bitte wird ihm precario die Detention des Wagens eingeräumt. In l. 10 §. 1 hat Pomponius etwa folgenden Fall im Auge: A vermiethet seinem Nachbar B einen Theil seines Parks zum Gemüsebau. B möchte späterhin die Früchte vor Diebstahl schützen und bittet mit Rücksicht hierauf den A, ihm zu gestatten, jenen Theil durch Einfriedigung mit dem eignen Grundstück verbinden zu dürfen. A gestattet das precario". Eine Widerlegung derartiger Ausführungen ist schwerlich erforderlich; es genügt, darauf hinzuweisen, daß eine Verbindung von Precarium und locatio nach l. 10 pr. und §. 2 D. de a. p. 41, 2 (unter Ziffer 4 vor N. 52) nur möglich ist, wenn beide Rechtsgeschäfte gleichzeitig eingegangen werden.

L. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3:

Julian. lib. 44. dig. Si rem pignori datam creditoris servus subripuerit, cum eam creditor possideret, non interpellabitur usucapio debitoris, quia servus dominum suum possessione non subvertit. sed et si debitoris servus subripuerit, quamvis creditor possidere desinat, tamen debitori usucapio durat, non secus ac si eam creditor debitori tradidisset: nam quantum ad usucapiones attinet, servi subtrahendo res non faciunt deteriorem dominorum condicionem. facilius obtinebitur, si precario possidente debitore servus eius subripuerit[8b]). nam conductio idem praestat, quod si apud creditorem res esset: possidet enim hoc casu creditor. sed si utrumque intercesserit et precarii rogatio et conductio, intellegitur creditor possidere, et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habet, sed ut ei tenere rem liceat.

Ja, ohne Vereinbarung entſteht die Verpflichtung des Precariſten zur Vergütung der ihm gewährten Gebrauchsüberlaſſung, wo dem Käufer die Waare vor Berichtigung

8b) Die in Vulgathandſchriften hier gemachte Einſchaltung: vel cum (oder si) ex conducto possideret (oder possidet) oder vel ex conducto bekundet ein völliges Mißverſtändniß der Stelle. Julian ſagt: „die Behauptung, daß ein vom Sklaven des verpfändenden Schuldners begangenes furtum am Pfande die condicio usucapionis des Schuldners am Pfande nicht beſeitigt, leuchtet am deutlichſten ein für den Fall, wo der Schuldner ſelbſt juriſtiſcher Beſitzer des Pfandes iſt, nämlich indem er es precario beſitzt. Denn (nam) hätte er das Pfand nur miethweis zurückerhalten, ſo wäre der juriſtiſche Beſitz beim Gläubiger geblieben, gerade ſo, wie wenn dieſer ſelbſt auch die Detention hätte." Vielleicht aber iſt hier die Lesart quasi, welche fünf der beſſeren Vulgathandſchriften (X Y M O C) bieten, der Lesart quod si der Florentina vorzuziehen. Vgl. Kniep, vacua possessio S. 105.

des Kaufpreises precario übergeben wird: er hat den Kaufpreis zu verzinsen.

L. 13 §§. 20 sq. D. de A. E. 19, 1:

Ulpian. lib. 32. ad ed. Veniunt autem in hoc iudicium (scil. venditi) infra scripta. in primis pretium quanti res venit. item usurae pretii post diem traditionis: nam cum emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere. §. 21: Possessionem autem traditam accipere debemus, et si precaria sit possessio: hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi[8c]).

Das Precarium an einer körperlichen Sache macht den Precaristen regelmäßig zu deren juristischem Besitzer.

L. 2 § 3 cit. h. t. (s. oben S. 200).

L. 4 §. 1 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.

L. 15 §. 4 init. h. t.:

Pomponius lib. 29. ad Sabin. Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium etc.

L. 17 h. t.:

Id. lib. 23. ad Sab. Qui precario fundum possidet, is interdicto Uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest[9]).

8c) Nach Dücker a. a. O. S. 447 erscheint der Act der precaristischen Hingabe der Waare „nur formell als Precarium, materiell als Erfüllung" der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung. „Man kann nicht eigentlich behaupten, daß hier eine Ausnahme von der Unentgeltlichkeit des precarii vorliege. Der Concedent gestattet hier, wie immer, die Nutzung ohne Forderung eines Aequivalents. Soweit also überhaupt ein Precarium vorliegt — nur formell — soweit erscheint die Handlung als Liberalitätsact."

9) Vgl. auch l. 4 §. 4 h. t. (s. unten S. 221), l. 6 §. 3 (s. unten S. 222) §. 4 (s. unten Ziffer 3 vor N. 28) h. t.

Eben deshalb aber hört in diesem Falle der precario dans mit Rechtsnothwendigkeit auf, juristischer Besitzer zu sein; und nur insofern kann er neben dem Precaristen als Besitzer gelten, als er eine begonnene Usucapion fortsetzt, wie ja in gleicher Weise der Pfandgeber neben dem Faustpfandgläubiger als Besitzer gilt[9a]). In diesem beschränkten Sinne sind zu verstehen:

---

l. 22 pr. h. t. (s. unten S. 219), l. 10 pr. §. 2 D. de a. p. 41, 2 (s. unten Ziffer 4 zu N. 52), l. 22 §. 1 D. de nox. act. 9, 4, l. 13 §. 1 D. de Publ. in rem 6, 2.

9a) L. 1 §. 15 D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 54. ad ed.): — ad unam enim tantum causam videri eum (sc. servum corporaliter pignori datum) possideri, ad usucapionem. Irrig spricht Dankwardt a. a. O. S. 306 f. sowohl dem Precaristen, als dem precario dans die possessorischen Interdicte zu. Nur das classische Utrubi, das ja gegenwärtigen Besitz nicht voraussetzte, konnte der precario dans auch gegen einen Dritten solange gebrauchen, als seine eigne Besitzzeit innerhalb des letzten Jahres länger war, als die Besitzzeit dieses Dritten; die Besitzzeit des Precaristen durfte er dabei nicht in Rechnung bringen. Nach Rückgabe der precario gegebenen Sache wurde dem precario dans beim Utrubi auch die Besitzzeit des Precaristen eingerechnet. L. 13 §. 7 D. de a. p. 41, 2. M. E. ist dies alles überaus verständlich. A. M. Bekker a. a. O. S. 176 f. N. 3. Nach ihm „ist und bleibt diese Stelle unklar, soviel darüber geschrieben worden. „ego puto eum qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse“ ist sinnlos, wenn man annimmt, der Geber habe während der Dauer des Precariums das „utrubi“ nicht gehabt.“ Wer aber darf denn bezweifeln, daß er es gehabt habe? — selbstverständlich innerhalb der wie angegeben beschränkten Zeit. Dann fährt Bekker fort: „aber höchst auffällig ist, weniger das folgende „si receperit possessionem“, das ein etwas holpriger Ausdruck sein könnte“ (in der That ist es der völlig zutreffende Ausdruck dafür, daß der precario dans nach Auflösung des Precarium den Besitz wiedererlangt hat!), „als daß überhaupt

L. 3 §. 5 D. de a. p. 41, 2:

Paul. lib. 54. ad ed. Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. *Sabinus* tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit etc.

L. 15 §. 4 h. t.:

Pompon. lib. 29. ad Sabin. Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Der Beſitz des Precariſten iſt zwar, wie der Beſitz des Fauſtpfandgläubigers, iusta possessio; allein die traditio precarii constituendi causa iſt ebenſo wenig wie die traditio pignoris constituendi causa auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet, und ſo kann der Precariſt ſo wenig wie der Pfandgläubiger an Stelle des Eigenthümers

---

die Zeit, da der Precariſt den Beſitz ſelber gehabt hat, ihm doch nicht angerechnet werden ſoll." Aber die Stelle redet ja ganz und gar nicht davon, daß die Beſitzzeit des Precariſten ihm ſelbſt nicht angerechnet werden ſoll: das wäre freilich baarer Unſinn; ſie redet davon, daß dieſe Beſitzzeit, ſolange der Precariſt beſitzt, dem precario dans für deſſen Utrubi nicht angerechnet werden ſoll. Folglich ſind Bekkers weitere Erwägungen über den Urſprung etwaiger Verderbniß der Stelle gegenſtandslos.

Dücker a. a. O. §. 6 S. 15—26 gelangt zu dem Ergebniſſe, daß nach juſtinianiſchem Rechte der Concedent als Beſitzer gelte, ſolange der Precariſt mit ſeiner Einwilligung die Sache habe, den Beſitz jedoch in dem Augenblicke verliere, wo der Precariſt gegen ſeinen Willen zu beſitzen fortfahre.

mit der Noxalklage wegen des precario ihm überlassenen Sklaven oder Thieres haftbar gemacht werden.

L. 22 §. 1 D. de nox. act. 9, 4:

Paul. lib. 18. ad ed. Is, qui pignori accepit, vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.

Eben deshalb kann der Precarist auf Grund des Precarium ebenso wenig usucapiren, wie der Faustpfandgläubiger auf Grund seines Pfandrechtes, und somit steht keinem von ihnen die Publiciana in rem actio zu.

L. 13 §. 1 D. de Publ. in rem 6, 2:

Gai. lib. 7. ad ed. prov. Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

Bei dem äußerst unsichern Bestande der precaria possessio mußte es unzweckmäßig erscheinen, das Verhältniß unter precaristischen Mitbesitzern durch ein iudicium communi dividundo zu regeln.

L. 7 §. 4 D. comm. div. 10, 3:

Ulp. lib. 20. ad ed. Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant, locum habebit, nec si clam, quia iniusta est possessio ista, precaria vero iusta quidem, sed qui non pergat ad iudicii vigorem.

Entsprechend wird die Theilungsklage versagt, wenn der provocirte Mitbesitzer behauptet, der Besitz des Provocanten sei precaristisch.

L. 7 cit. §. 5:

Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit[9b]).

Wie eine thatsächliche compossessio plurium in solidum überhaupt undenkbar ist, so ist es natürlich auch ein precaristischer Besitz mehrerer.

L. 19 pr. h. t.:

Julian. lib. 49. dig. Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam: namque neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt.

Und dies muß auch dann gelten, wenn der Precarist, dessen Besitz die Usucapion des precario dans, wie wir eben gesehen haben, nicht unterbricht, precario den Besitz weiter giebt. Durch den Precaristen seines Precaristen besitzt also der erste precario dans nicht einmal quoad usucapionem, weil er zu jenem in keinem Vertragsverhältnisse steht, dieser aber überhaupt nicht mehr als Besitzer zu gelten vermag, da sein Besitz eben nur in der Fortdauer der Usucapion bestehen könnte, solche ja aber für ihn überhaupt nicht stattfindet[9c]).

Indessen ist es durchaus zulässig, dem Precaristen nur die Detention einer Sache einzuräumen, nicht zu-

---

9b) Vgl. über diese Stelle oben §. 1848 Ziffer 8 S. 70 ff.

9c) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838c. Ziff. 96 S. 187 ff.

gleich deren juriſtiſchen Beſitz[9d]). Dies geſchieht mit ſelbſtverſtändlicher Nothwendigkeit, wenn der Precariſt für die ihm gewährte Benutzung einen Mieth- oder Pachtpreis zugeſagt hat.

L. 10 §. 1 D. de a. p. 41, 2 (ſ. oben S. 210).

L. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3 (ſ. oben S. 211).

Es kann aber auch ſonſt vereinbart werden.

L. 6 §. 2 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Is, qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.

L. 21 h. t. (ſ. oben S. 203)[9dd]).

9d) D. h. m. a. W. er hat die poſſeſſoriſchen Interdicte nicht. Schon die Zuſammenſtellung des Precariſten, der in possessione est, mit dem rei servandae, damni infecti, legatorum causa missus in l. 10 §. 1 D. de a. p. 41, 2 hätte Dankwardt a. a. O. S. 304 N. 1 f. und S. 302 zu N. 3 davon zurückhalten ſollen, dieſem Precariſten die poſſeſſoriſchen Interdicte beizulegen. Die Sache wird dadurch nicht gebeſſert, daß er ſie ihm nur precario beilegt: auch der beſitzende Precariſt hat ſie nur precario. Selbſtverſtändlich bezieht ſich die Frage der l. 15 §. 4 h. t.: an is quoque possideat, qui rogatus est — nur auf den gewöhnlichen Fall des Precarium, in welchem der Precariſt juriſtiſcher Beſitzer iſt. Wieſo bei bloßer Detention des Precariſten mehrere gleichzeitig dieſelbe Sache in solidum precario haben könnten, iſt mir völlig unverſtändlich: die Detention ſchließt jede Concurrenz eines Andern in der Detention aus. Wenn endlich aus l. 2 Cod. de praescr. 30 v. 40 ann. 7, 39 folgte, daß jeder Precariſt suo nomine beſäße (d. h. juriſtiſcher Beſitzer wäre), ſo müßte nach eben dieſer Stelle auch der conductor suo nomine beſitzen: dieſe Stelle begreift unter den precario possidentes auch die Pächter. S. unten Ziffer 6 N. 98.

9dd) Dücker a. a. O. S. 11 f. will nach l. 6 §. 2 h. t. den

2. Wer kann nun ein Precarium gewähren? d. h. mit der Wirkung gewähren, daß ihm daraus das interdictum de precario erwächst?

In erster Reihe ist dazu der juristische Besitzer befähigt, und zwar ohne Unterschied, ob er ein Recht auf den Besitz hat oder nicht[9e]).

Precaristen als Sachbesitzer nur dann, aber auch überall dann ansehen, wenn er die Sache beliebig benutzt, und zwar um deswillen, weil er die Sache beliebig benutzt Thut er das, so genießt er „den Besitzesschutz kraft positiver Rechtsbestimmung, die durch Privatberedung nicht abgeändert werden kann." Detentor ist der Precarist nur dann, wenn ihm wie dem Fructuar, dem Pächter, dem Miether „lediglich die Innehabung (der Sache) concedirt ist." Indessen darf nach Dücker §. 14 f. der Precarist auch als Besitzer die Sache „beliebig" nur mit der Maßgabe benutzen, daß er sie nicht deteriorirt, zerstört, veräußert. Anderseits gewinnt nach S. 26 doch auch der nicht besitzende Precarist die Früchte der Sache, obschon im Gegensatze zum besitzenden Precaristen erst durch deren Perception. Es ist hiernach schwer zu sagen, wodurch sich die Benutzungsbefugniß des blos innehabenden Precaristen von derjenigen des besitzenden unterscheidet. Erlangt jedoch der erstere „durch die Concession gar keine weitere Befugniß, als diejenige, die Sache inne zu haben" (S. 11), so muß man fragen: was fängt er mit solcher Innehabung an?

9e) Dankwardt a. a. O. S. 297 f. verbunden mit S. 319 f. meint, vor Aufstellung des interdictum de precario habe nur der Eigenthümer precario geben können, ein Nichteigenthümer nur mit der Zustimmung des Eigenthümers. Richtig scheint mir hiervon nur, daß es vor Aufstellung des Interdicts zur Einklagung des Precarium keine andere Klage gab. als die rei vindicatio beim Sachenprecarium, die negatoria in rem actio beim precarium servitutis, und die confessoria actio beim precaristischen Verzichte auf die Ausübung einer Servitut. Allein precario geben hat von jeher jeder gekonnt, der auch nur die thatsächliche Verfügung über eine Sache hatte.

L. 7 h. t.:

Venuleius lib. 3. interdictorum. Sed et si eam rem, cuius possessionem per interdictum Uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto.

L. 22 pr. h. t.:

Id. eod. libro. Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is, qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere. nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id, quod possideas, alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere: et contra si possessorem precario rogaverit[10]) qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit.

Nach den Schlußworten der letzten Stelle vermag der Besitzer, dem ein Dritter den Besitz rechtlich abverlangen könnte, sogar diesem Dritten selbst die Sache precario zu gewähren[11]).

Demnach wird auch in solchen Stellen, in denen infolge der precarii concessio beim precario accipiens ein

10) is *ins.* F².

11) Gänzlich mißverstanden ist diese Stelle bei Bekker, das Recht des Besitzes S. 128, wo mit Berufung auf sie unter den zur Gewährung eines Precarium Berechtigten aufgeführt ist: 3) „Jeder „possessor, qui avocare rem domino possit"—" und dann hinzugefügt wird: „übrigens wird hier kein Gewicht auf den „possessor" zu legen sein, die Befugniß vielmehr jedeinem zugeschrieben werden müssen, der dem Dominus den Besitz mit dinglicher Klage entwinden könnte."

Besitzverhältniß zuerst überhaupt entsteht, unter der Bezeichnung des precario dans als des dominus oder dessen, der das Seinige precario giebt, nicht sowohl der Eigenthümer verstanden sein, als vielmehr der Besitzer[12]).

Natürlich kann der Besitzer ein Precarium auch so gewähren, daß er selbst Besitzer bleibt, der Precarist nur Detention erhält[13]).

Indessen ist zur precarii concessio dann Besitz des precario dans nicht erforderlich, wenn er demjenigen, welchem er das Precarium gewährt, den bei diesem bereits vorhandenen Besitz im Rechtswege zu entziehen vermag. Hierher gehört vor allen der nicht besitzende Eigenthümer: ferner derjenige, dem eine wirksame Publiciana in rem actio oder die hereditatis petitio zusteht; aber auch, wer zur Wiedererlangung des Besitzes nur das interdictum de precario, das interdictum de vi oder ein interdictum retinendae possessonis hat.

L. 18 h. t.:

Julian. lib. 13. dig. Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat[14]).

L. 22 pr. h. t. (s. oben S. 219).

L. 21 pr. D. de a. p. 41, 2:

Javolen. lib. 7. ex Cassio. Interdum eius posses-

---

12) So in l. 3 (s. oben S. 200) und l. 15 pr. (s. oben S. 209) und §. 4 i f. h. t. (s. oben S. 214). Vgl. oben §. 1848a Ziffer 3 S. 159 N. 41 f. Irrig führt Bekker a. a. O. unter 1) auch l. 6 §. 1 h. t. als eine Stelle auf, welche den dominus als solchen nenne, der berechtigt sei, ein Precarium zu gewähren.

13) L. 6 §. 2 h. t. (s. oben S. 217).

14) Diese Stelle bezog sich ursprünglich auf die precarii concessio einer fiduciae gegebenen Sache seitens des nicht besitzenden Eigenthümers. Lenel, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 3 roman. Abth. S. 119 f.

sionem, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit.

L. 6 D. pro empt. 41, 4:

Pompon. lib. 32. ad Sab. Qui, cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrubique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?

L. 8 §. 2 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Illud tamen videamus quale sit, si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero[15]), an precarium duret re ad alium translata. et magis est, ut, si ille non revocet, posse interdicere, quasi ab illo precario habeas, non quasi a me: et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet[16]), quasi a se precario habeas.

L. 4 §. 4 h. t.:

Id. eod. lib. Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur: intellegitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere.

---

15) Es iſt an ein praedium soli Italici zu denken, deſſen Eigenthum der, nicht beſitzende, precario dans durch in iure cessio oder mancipatio übertragen konnte; oder auch an einen precario gegebenen Sklaven, an dem die genannten Veräußerungsacte ebenfalls ſeitens eines Nichtbeſitzers möglich waren, ſofern es dieſem nur gelang, den Sklaven zu bewegen, daß er jene Acte an ſich vornehmen ließ.

16) et magis est, ut, si ille non revocet et si passus est aliquo tempore precario habere, recte interdicat (*del.* posse — me, *item* a se) *scr.* M.

L. 6 pr. h. t.:

Id. eod. lib. Certe si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse ***Marcellus*** ait, ut precarium redintegretur, et hoc verum est[17]).

Auch in den beiden letzten Stellen ist es durchaus nicht erforderlich, unter dem dominus den Eigenthümer zu verstehen; ihre Entscheidungen erleiden auch auf denjenigen Anwendung, der als juristischer Besitzer die Sache precario gegeben hat. Demnach läßt l. 5 h. t. es völlig unentschieden, ob der precario dans bei der ersten Begründung des Precarium Eigenthümer oder nur juristischer Besitzer gewesen sei.

Pomponius lib. 29. ad Sab.: Sed si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium: nam nec mutatur causa possessionis et non constituitur eo modo precarium, sed in longius tempus profertur. si vero praeterita die rogas, propius est, ut soluta iam causa precarii non redingretur, sed nova constituatur.

Und nicht minder gleichgültig ist es nach l. 6 §. 3 h. t., ob der deiectus, der dem Dejicienten das Grundstück, aus dem er dejicirt ist, precario beläßt, Eigenthümer desselben ist oder nicht.

Ulp. lib. 71. ad ed. ***Julianus*** ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi pos-

17) Cf. l. 14 D. loc. 19, 2 (Ulp. lib. 71. ad ed.). Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam desiderant, sed nudo consensu convalescunt: et ideo, si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum. Wahrscheinlich sind diese beiden Stellen aus Einer gemacht. Lenel, paling. vol. II col. 843 nr. 1607 n. 1.

sidere et incipere precario, neque existimare[18]) sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate eius, quem deiecit, coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam[19]) pro emptore posse dominium capere.

Uebrigens ist es nicht einmal erforderlich, daß seitens des nicht besitzenden precario dans bereits eine Klage auf Herausgabe des Besitzes gegen den precario accipiens stattfindet: ein Erbschaftssklave, der hereditate iacente die für ein von ihm aus seinem Peculium gezahltes Darlehen pignoris causa fiduciae gegebene Sache dem Pfandgeber precario beläßt, begründet ein wirksames Precarium; infolge davon ist namentlich die usureceptio ex fiducia ausgeschlossen, obgleich erst der Erbe die vindicatio fiduciae würde anstellen können.

L. 16 D. de O. et A. 44, 7:

Julian. lib. 13. dig. Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat[20]) et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius, sicuti per traditionem[20a]) accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit[20b]). nam et

---

18) existimari Smallenburg.

19) inciperet iam *scr.* M. — Wie die Schlußworte zu deuten, geht uns hier nicht an. Mir scheinen sie im Munde der classischen Juristen auf die Umwandlung des bonitarischen Eigenthums in quiritarisches bezogen werden zu müssen, bei Justinian von der Umwandlung der iniusta possessio in die iusta dessen, der durch traditio ex empto Eigenthum erworben hat. Vgl. v. Vangerow, Lehrb. Bd. 1 §. 317 Anm. unter B. 4c S. 588 f.

20) fiduciae causa ei mancipaverat Jul.

20a) mancipio Jul.

20b) Gai. II, 60.

si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati adquiret. haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio adquisita intellegi debet[20c]).

Ja, auch derjenige, dem weder die thatsächliche Verfügung, noch ein Rechtsanspruch auf eine beim precario rogans bereits befindliche Sache zusteht, kann dieselbe auf seine Rechnung precario geben, sofern er hierzu die Mitwirkung des Dritten erlangt, der den Besitz oder jenen Rechtsanspruch gegen den besitzenden rogans hat.

L. 8 pr. h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Quaesitum est, si Titius me rogaverit, ut re Sempronii[21]) utatur, deinde ego Sempronium rogavero, ut concederet, et ille, dum mihi vult praestitum, concesserit. Titius a me habet precario, et ego cum eo agam interdicto de precario: Sempronius autem non aget cum eo, quia haec verba „ab illo precario habes" ostendunt ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cuius res est. an tamen Sempronius mecum, quasi a me rogatus, inter-

---

20c) D. h. der Schuldner, welchem die für ein aus dem Peculium gegebenes Darlehen fiducirte Sache vom Erbschaftssklaven precario belassen worden ist, besitzt sie nunmehr precario. Mommsens Vorschlag, statt possessio zu lesen fiducia, würde m. E. den Julian etwas sagen lassen, was nicht nur überaus platt, sondern geradezu schief wäre: denn der Sklave erwirbt die fiducia auch dann für die hereditas iacens, wenn sie für ein vom Erblasser selbst, nicht vom Sklaven aus dem Peculium, gegebenes Darlehen bestellt wurde. Vgl. Lenel, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 3 roman. Abth. S. 119 N. 36, und Huschke, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 266.

21) Auch hier ist nicht sowohl das Eigenthum gemeint, als der Besitz oder überhaupt ein Verhältniß zur Sache, das deren Gebrauchsüberlassung ermöglicht.

dictum habeat? et magis est, ne habeat, quia non habeo precario, cum non mihi, sed alii impetravi. mandati tamen actionem potest adversus me habere, quia me mandante dedit tibi: aut si quis dixerit non mandatu meo, sed magis mihi credentem hoc fecisse, dicendum est in factum dandam actionem et[22]) adversus me.

Die Mittelsperſon, auf deren Rechnung hier das Precarium zuſtande kommt, haftet ihrerſeits dem Dritten, der ihren Vertrag mit dem Precariſten ermöglicht, niemals de precario, denn ſie ſelbſt hat ja kein Precarium erhalten. Dagegen wird ſie jenem nach den Umſtänden haftbar entweder mit der actio mandati contraria oder mit einer actio in factum civilis, — erſteres, wenn er auf ihre Gefahr die Sache dem rogans precario überlaſſen hat; das andere, wenn jener ihr ſelbſt die Verfügung über die Sache zwecks deren Hingabe precario an den rogans gewährt hat: ſie hat ſich dann ſelbſt verpflichtet, jenem auf deſſen Verlangen die Sache zurückzuverſchaffen, genügt jedoch dieſer Pflicht durch Ceſſion des ihr erworbenen interdictum de precario. Bekker[22a]) bemerkt zu l. 8 pr.: „Andererſeits läßt die Stelle aber auch darüber keinen Zweifel, daß wenn der Unberechtigte ohne Genehmigung des Berechtigten das Precarium bewilligt hätte, jener das Interdict nicht haben würde"; Vorausſetzung der Entſcheidung ſei „deinde ego Sempronium rogavero, et ille, dum mihi vult praestitum, concesserit." M. E. handelt es ſich hier ſchlechterdings nicht um die Frage nach der Berechtigung, ein Precarium zu geben, ſondern um die Frage nach der thatſächlichen Fähigkeit dazu. Es liegt auf der Hand,

22) ei *scr.* M.

22a) A. a. O. S. 129.

einerseits, daß derjenige, welcher nicht selbst Besitzer ist oder dem bereits besitzenden rogans die Sache im Rechtswege entziehen kann, nur dann ein Precarium zu geben vermag, wenn der Dritte, der in der einen oder der andern dieser beiden Lagen sich befindet, seine Zustimmung dazu ertheilt; anderseits, daß auch ein völlig widerrechtlich Besitzender, z. B. der fur, mit der Wirkung, das interdictum de precario zu erwerben, precario zu geben imstande ist. Es scheint mir irreführend ihm die „Berechtigung" zum Geben eines Precarium beizulegen. Dagegen haben die Untersuchungen der römischen Juristen darüber, ob derjenige, der unser Interdict erwirkt hat, in der That ein Precarium gewährt habe, eben deshalb ihren guten Sinn, weil die Gebrauchsüberlassung seitens eines Solchen, der weder thatsächlich noch rechtlich über den Gebrauch verfügt, gegenstandslos ist.

Eben deshalb dürfte es auch nicht bestritten werden, daß der bloße Detentor die von ihm detinirte Sache precario geben kann. Thut er dies bewußt gegen den Willen dessen, für den er bisher detinirt hat, so begeht er allerdings ein furtum[23]); allein das Precarium kommt gerade so wirksam zustande, wie derjenige, dem der Detentor eigenmächtig die ihm anvertraute Sache auf Grund eines Veräußerungsgeschäftes tradirt, deren juristischer Besitzer wird[24]).

Die Ausübung eines Nießbrauchs kann auch der Nießbraucher precario verleihen.

L. 12 §. 2 D. de usufr. 7, 1:

Ulp. lib. 17. ad Sab. Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere

23) Zu untersuchen, ob dies ein furtum rei ipsius sei oder ein furtum usus, glaube ich Anderen überlassen zu dürfen.

24) So mit Recht Bruns, die Besitzklagen S. 180; a. M. Bekker a. a. O. S. 127.

potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retinere usum fructum, et hoc *Cassius* et *Pegasus* responderunt et *Pomponius* libro quinto ex *Sabino* probat etc.

Dasselbe werden wir hinsichtlich aller anderen in ihrer Ausübung veräußerlichen iura in re anzunehmen haben, hinsichtlich der habitatio wenigstens in dem Falle, wenn der Berechtigte für deren precario überlassene Ausübung sich einen Miethpreis bedungen hat.[24a]) Und auch das dürfte nicht zweifelhaft sein, daß derjenige, dem der Rechtsanspruch auf die aus einer Reallast erwachsenden Leistungen zusteht, z. B. der Zehntherr, den Bezug dieser Leistungen einem Dritten precario überlassen kann; sowie nicht minder jeder, dem ein der Ausübung nach übertragbares Recht zusteht, z. B. ein derartiges Gewerberecht; und endlich der bloße quasi possessor solcher Rechte.

Es kann aber auch derjenige, der thatsächlich oder rechtlich über eine Sache verfügt, wie er diese selbst precario zu überlassen vermag, sich auch darauf beschränken, an ihr die Ausübung einer Gerechtsame precario einzuräumen[24aa]).

L. 3 h. t. (s. oben S. 200).

L. 15 §. 2 h. t. (s. oben S. 200).

Umgekehrt kann derjenige, dem eine Gerechtsame oder auch nur der Besitz einer solchen zusteht, zugunsten eines Dritten auf deren Ausübung precario verzichten. Diesen letztern Fall behandelt

24a) §. 5 J. de usu et hab. 2, 5; l. 13 Cod. de usufr. et hab. 3, 33.

24aa) Dücker a. a. O. S. 7 hält diesen Fall für ein precarium rei mit beschränkter Befugniß des Precaristen und erklärt die Unterscheidung zwischen Precarium an Sachen und Precarium an Rechten, sofern unter letzterm auch dieser Fall verstanden werde, für einen methodischen Fehler.

L. 32 pr. D. de S. P. U. 8, 2:

Julian. lib. 7. dig. Si aedes meas serviant aedibus Lucii Titii et aedibus Publii Maevii, ne altius aedificare mihi liceat, et a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus aedificatum habuero, libertatem adversus Publium Maevium usucapiam: non enim una servitus Titio et Maevio debebatur, sed duae. argumentum huius rei praebet, quod, si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilo minus servitutem deberem.

Beide Fälle betrifft

L. 17 D. comm. praed. 8, 4:

Papinian. lib. 7. quaest. Si precario vicinus in tuo maceriam duxerit, interdicto „Quod precario habet“ agi non poterit, nec maceria posita donatio servitutis perfecta intellegitur, nec utiliter intendetur ius sibi esse invito te aedificatum habere, cum aedificium soli condicionem secutum[24b]) inutilem faciat intentionem. ceterum si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur, et interdicto „Quod precario habet“ utiliter cum eo agetur. quod si donationis causa permiseris, et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur.[24c])

24b) Ich verstehe: da der Grund und Boden nur precario, condicione precarii (l. 14 i. f. h. t.) dem Nachbarn überlassen war, so hat er auch die mit Erlaubniß des Eigenthümers darauf errichtete Mauer nur precario. Eben deshalb kommt auch mit ihrer Errichtung selbst zwischen personae exceptae legis Cinciae nicht etwa eine donatio servitutis zustande.

24c) Nach der Ansicht G. E. Schmidts, das commodatum und precarium §. 7 S. 117—135, kann der Eigenthümer an seiner Sache ein Precarium nicht bestellen, sondern nur eine iuris possessio gewähren. Hierunter versteht G. E. Schmidt „die factische Ausübung eines Rechts“ im Gegensatze zur iuris

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß das Geschäft einer Gebrauchsüberlassung auch dann Handlungs- und Dispositionsfähigkeit des Ueberlassenden voraussetzt, wenn es dem Gebrauchsempfänger einen Rechtsanspruch auf den Gebrauch nicht verschaffen soll. Ohne diese Fähigkeit des Ueberlassenden kann der Gebrauch höchstens ipso facto auf den Erwerber übergehen.

L. 6 pr. h. t. (s. oben S. 222).

Dagegen wurde zur Begründung unsers Interdicts nicht erfordert, daß die Parteien beim Abschlusse des Precarium das Commercium hatten.

L. 1 §. 1 h. t.:

Ulp. lib. 1. instit. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit.

In der Rolle des precario accipiens kann den Vertrag des Precarium jeder überhaupt Handlungsfähige eingehen, auch wenn er nicht imstande ist, selbständig durch Rechtsgeschäft sich zu verpflichten; so insbesondere ein impubes infantia maior.

L. 22 §. 1 h. t.:

Venuleius lib. 3. interd. Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit, *Labeo* ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri. nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris

---

quasi possessio, worunter er die Ausübung eines bestehenden Rechtes versteht. Die völlige Grundlosigkeit dieser Unterscheidung erhellt aus l. 10 pr. D. si serv. 8, 5: (Ulp. lib. 53. ad ed.) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. Schmidt von Ilmenau in Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft Jahrg. 7 Bd. 13 S. 779 f.

auctoritati: recteque dici „quod precario habes“, quia quod possideat ex ea causa possideat, ex qua rogaverit: nihilque novi per praetorem constituendum, quoniam, sive habeat rem, officio iudicis teneretur, sive non habeat, non teneatur.

Allerdings knüpft sich an das precario habere die Restitutionspflicht, welche mit dem interdictum de precario geltend gemacht wird. Allein jene Pflicht erlischt mit dem Aufhören des habere von selbst; sie beruht also lediglich auf dem Zustande des precario habere, und die Begründung dieses Zustandes als eines rein thatsächlichen Verhältnisses, des naturaliter possidere, ist völlig unabhängig von der für die Eingehung einer vertragsmäßigen Verpflichtung seitens einer zwar handlungsfähigen, jedoch dispositionsunfähigen Person erforderlichen Mitwirkung eines Dritten. Eben deshalb brauchte der Prätor an der gewöhnlichen Fassung des interdictum de precario gegen einen pupillus infantia maior, der als solcher ohne auctoritas tutoris eine Sache precario erhalten hatte, nichts zu ändern, namentlich auch nicht einen Zusatz zu machen, welcher die Haftung des Impetraten auf dessen Bereicherung beschränkte[24d]): diese Beschränkung liegt ohne weiteres in der Voraussetzung des precario habere; hiernach hat der iudex bei den actiones ex interdicto pflichtmäßig zu entscheiden[25]). — Uebrigens verpflichtete das Interdict den Pupillen zweifellos auch dann, wenn er als doli capax dolo malo fecerat, ut desineret habere.

24d) Vgl. l. 1 pr. D. de auct. et cons. tut. 26, 8; l. 5 pr. eod.; l. 3. pr. D. commod. 13, 6; l. 66 D. de sol. 46, 3; l. 14 D. de N. G. 3, 5.

25) Es ist ein seltsames Mißverständniß Rudorffs, Zusatz 77 zu v. Savignys Recht des Besitzes S. 648 N. 4, wenn er meint, Labeo habe im Falle der l. 22 §. 1 h. t. „keine eigentliche Obligation“ angenommen, „sondern nur eine Restitution officio iudicis (ohne Poenalstipulation)“. Selbst-

3. Die Voraussetzung des Interdicts ist an erster Stelle das precario habere vom Impetranten. Eben deshalb haftet derjenige dem Interdicte nicht, der ein Precarium für einen Dritten erbeten hat.

L. 8 pr. h. t. (s. oben S. 224f.).

Aber das precario rogasse ab illo deckt sich auch dann keineswegs immer mit dem precario ab illo habere, wenn der rogans das precario Erbetene wirklich hat.

Dies gilt zunächst regelmäßig von dem Eigenthümer, der seine eigne Sache precario erbeten hat.

L. 4 §. 3 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario idcirco, quia receptum est rei suae precarium non esse.

L. 15 D. dep. 16, 3:

Julian. lib. 13. dig. Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.

L. 1 §. 11 D. de it. actuq. priv. 43, 19 (s. oben S. 202f.).

L. 45 pr. D. de R. J. 50, 17:

Ulp. lib. 30. ad ed. Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest[26]).

Denn im gewöhnlichen Falle gewährt das Precarium dem Eigenthümer nichts, was er nicht schon als Eigen-

---

verständlich konnte gegen den pupillus das Interdict nur dann ergehen, wenn der Tutor mit ihm auftrat; in der Hand des Tutors aber lag es dann, ob er die formula arbitraria ex interdicto erbitten, oder ob er sich dem Verfahren per sponsionem aussetzen wollte.

26) Gemäß dem Inhalte von Ulp. lib. 30. ad ed. ergänzt Lenel, paling. vol. II col. 618 nr. 901 n. 2: nec fiducia,

thümer in vollerm Maße zu beanspruchen hätte: das precarium suae rei ist regelmäßig zwecklos[27]).

Das Entsprechende trifft zu für die precaristische Einräumung einer Gerechtsame an dem eigenen Grundstücke des rogans und an demjenigen, dem diese Gerechtsame selbst zusteht, sowie nicht minder für den precaristischen Verzicht auf die Ausübung einer Gerechtsame, die in Wahrheit nicht besteht.

Anders verhält sich dies, wenn der precario dans einen Rechtsanspruch auf den Besitz hat, den auch der Eigenthümer anerkennen muß. So insbesondere, wenn der Eigenthümer die von ihm zu Faustpfand gegebene Sache sich precario zurückerbittet: hier handelt es sich um die Gewährung des Besitzes als solchen, auf den der Eigenthümer ungeachtet seines Eigenthums keinen Anspruch hat; es liegt ein precarium possessionis vor, nicht ein precarium proprietatis[27a]).

L. 6 §. 4 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat. quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis, et est haec sententia etiam utilissima: cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt, et debet consistere precarium.

L. 15 §. 2 D. qui satisd. 2, 8:

Macer lib. 1. de appell. Creditor, qui pignus accepit, possessor non est (d. h. nicht in dem Sinne possessor

27) S. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 110ff.

27a) Dankwardt a. a. O. S. 320 versteht unter einem precarium proprietatis ein Precarium, welches vom Eigenthümer gegeben ist; jedes andere nennt er precarium possessionis.

des verpfändeten Grundstücks, daß er deshalb von einer processualischen satisdatio befreit wäre), tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.

L. 35 §. 1 D. de pign. act. 13, 7[28]):

Florentin. lib. 8. instit. Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

L. 2 Cod. de distr. pign. 8, 27:

Alexander Maximo a°. 223: Creditor, qui hypothecae vel pignori rem sibi nexam vendiderit, rem litigiosam non videtur vendere, quia precario debitor possidet.

Dem entsprechend liegt auch dann ein wirksames precarium possessionis vor, wenn der Usucapionsbesitzer sich die von ihm zu Faustpfand gegebene Sache precario zurückgeben läßt.

L. 36 D. de a. p. 41, 2:

Julian. lib. 13. dig. Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere[29]). sed et si eundem precario rogaverit, aeque per diutinam posses-

---

28) L. 22 §. 3 D. eod. (Ulp. lib. 30. ad ed.) handelte von der fiducia. Lenel paling. vol. II col. 618 nr. 903. Ebenso l. 11 D. h. t. (Celsus lib. 7. dig.) Lenel a. a. O. vol. I col. 138 nr. 65.

29) Julian behandelt hier in der That die Besitz- und Usucapionsverhältnisse beim pignus im Gegensatze zur fiducia. Lenel, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 3 roman. Abth. S. 119; Gaib das. Bd. 8 S. 114 N. 1. Doch gehört nach Lenel die Fassung des Satzes: Qui — possidere den Compilatoren an: die Worte pignoris causa tradit, wodurch die Compilatoren die Erwähnung einer mancipatio fiduciae causa facta zu ersetzen pflegen, können ebenso wenig von Julian herrühren, als er tradit statt tradidit geschrieben haben würde. Lenel paling. vol. I col. 354 nr. 215 n. 3.

sionem[30]) capiet: nam cum possessio creditoris non impediat capionem[31]), longe minus precarii rogatio impedimento esse non[32]) debet, cum plus iuris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet.

L. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3 (ſ. oben S. 211).

L. 29 D. de pign. act. 13, 7:

Julian. lib. 44. dig. Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit[33]) pignus esse et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur.

Aber auch ſonſt kann der Eigenthümer, der ein fremdes Beſitzrecht anerkennen muß, mit dem Beſitzer wirkſam ein Precarium eingehen.

L. 28 D. de a. p. 41, 2:

Tertullian. lib. 1. quaest. Si aliquam rem possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem? multum refert in his, quid agatur: primum enim refert, utrum sciam me possidere, an ignorem: et utrum quasi non meam rem conducam, an quasi meam: et sciens meam esse, utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum. nam et si rem meam tu possideas, et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio[34]) specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat.

---

30) usu *Julian.*
31) usu capionem *Jul.*
32) non *del.* Hal.
33) desinet F².
34) *Talia exciderunt*: meae rei utiliter fiunt, ubi M.

Dies wird namentlich gelten gegenüber einem bonae fidei possessor, der die vindicatio mittels einer exceptio rei ex iusta causa traditae zurückschlagen könnte.

Entsprechend aber hat es auch guten Sinn, wenn der Eigenthümer von dem iuris quasi possessor eines die Detention gewährenden ius in re aliena, z. B. dem Nießbraucher, dem Superficiar, sich precario die Detention seiner Sache einräumen läßt. Und in solchem Falle wird ein Mieth- oder Pachtgeld für die Zeit des gewährten Genusses wohl am Platze sein.

Indessen ist auch da ein Precarium für den Eigenthümer durchaus nicht zwecklos, wo er rechtlich in der Lage wäre, dem dritten Besitzer den Besitz abzustreiten (rem avocare ei): er erspart sich durch Empfangnahme der Sache als Precarium die Unbequemlichkeit und Unsicherheit des Rechtsstreites und erlangt auf diese Weise immerhin, wennschon auf Widerruf, den Besitz seiner Sache.

L. 22 pr. i. f. h. t. (s. oben S. 219).

Es ist schlechterdings kein Grund zu ersehen, weshalb in den Fällen, in deren hiernach der Eigenthümer seine Sache vom juristischen Besitzer precario empfangen kann, er kraft dieses precarium possessionis, i. e. possessionis tantum respectu, specialiter possessionis solius precario rogandae animo initum, nicht auch juristischer Besitzer werden sollte[35]).

Einen zweiten Fall, wo ungeachtet der Gewährung des Precarium das rogasse und das habere precario nicht zusammentrifft, giebt l. 17 init. D. comm. praed. 8, 4 (s. oben S. 228). Erlaubt jemand precario, auf dem von

35) A. M. Bekker a. a. O. S. 137 N. 1, dem es wahrscheinlich ist, daß beim precarium possessionis dem Precaristen ein gänzlich schutzloses Recht (sic) zukomme.

ihm beſeſſenen Grundſtücke eine Mauer aufzuführen, ſo iſt er ſelbſt Beſitzer dieſer Mauer; er kann daher deren Beſeitigung nicht mit unſerm Interdicte fordern.

Ein drittes Verhältniß, in welchem das rogasse precario und das habere precario aus einander fallen, beruht auf der Stellvertretung. Wenn nämlich jemand für ſeinen Vollmachtgeber ein Precarium erbittet, ſo geht das Interdict nicht gegen ihn, ſondern nur gegen den Vollmachtgeber, der allein precario habet. Der gleich anfangs vorhandenen Vollmacht des rogans gleich wirkt auch hier die nachfolgende Genehmigung. Bei der nothwendigen Stellvertretung durch Gewaltunterthänige dagegen wird der rogirende Gewaltunterthan kraft des Empfangs der Sache perſönlich haftbar, der Gewalthaber nur de peculio und de in rem verso

L. 4 §. 2 h. t.:

Ulp. lib. 70. ad ed. Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogavit, sed qui precario habet: etenim fieri potest, ut quis non rogaverit, sed habeat precario. ut puta servus meus rogavit: mihi adquisiit precarium: vel quis alius, qui iuri meo subiectus est.

L. 6 §. 1 h. t.:

Id. eod. lib. Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogavit, ego precario habere proprie dicor.

L. 13 h. t.:

Pompon. lib. 33. ad *Q. Mucium.* Si servus tuus tuo mandato precario rogaverit, vel ratum habueris, quod ille rogavit tuo nomine, teneberis, quasi precario habueris. sed si te ignorante suo nomine vel servus vel filius rogaverit, non videris tu precario habere, sed illi[36]) erit actio de peculio vel de in rem verso.

---

36) illi *del.* M.

L. 5 §. 1 D. de pec. 15, 1:.

Ulp. lib. 29. ad ed. Sed et si precario res filio familias vel servo data sit, dumtaxat de peculio pater dominusve obligantur.

Eigenthümlich gestaltete sich die Haftung, wenn der precario habens sich arrogiren ließ. Durch seine capitis deminutio erlosch seine Verpflichtung aus jenem Verhältnisse nicht, weil sie eine naturalis praestatio hat, d. h. auf Herausgabe einer thatsächlichen Vermögenszuwendung geht: es blieb also unser Interdict ohne Umänderung gegen ihn wirksam, solange er precario hatte, d. h. solange der Arrogator ihm die precario besessene Sache als Peculium beließ. Allein da nach classischem Rechte kraft der Arrogation das gesammte Activvermögen des Arrogirten auf den Arrogator überging, so erwarb dieser nothwendig zugleich den juristischen Besitz jener Sache, und eben deshalb haftete er als selbst precario habens proprio nomine unserm Interdicte[37]), also möglicherweise neben dem Arrogirten[38]).

L. 16. h. t.

Pompon. lib. 32. ad Sab. si adoptavero eum, qui precario rogaverit, ego quoque precario possidebo.

Seitdem die Arrogation dem Arrogator nur Verwaltung und Nießbrauch am Vermögen des Arrogirten gewährt, kann dies nicht mehr gelten: der Arrogator erlangt nicht mehr den Besitz der vom Arrogirten besessenen Sachen.

Aus diesem Falle der Universalsuccession unter Lebenden ist keine Schlußfolgerung zulässig auf den Fall der Beerbung. Denn mit dem Tode des Besitzers er-

37) S. unten Ziffer 7 zu N. 55.

38) Bisher ist das quoque der l. 16 h. t. unberücksichtigt geblieben. Archiv für die civil. Prax. Bd. 59 S. 226 zu N. 19; Bekker a. a. O. S. 135.

liſcht nothwendig jedes thatſächliche habere; erlangt es der Erbe kraft ſeines Erbrechtes von neuem, ſo iſt dieſes eben nicht das nämliche habere, wie es ſich beim Erblaſſer befunden hatte. Insbeſondere läßt ſich nicht ſagen, daß der Erbe, der den Beſitz der ſeinem Erblaſſer precario gegebenen Sache erworben hat, ſeinerſeits precario beſitze: auf ihn bezieht ſich die Geſtattung des precario dans nicht.

L. 12 §. 1 h. t.:

Celsus lib. 25. dig. Precario rogatio et ad heredem eius, qui concessit, transit: ad heredem autem eius, qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est.

Deshalb läßt Papinian den Erben, der den Beſitz einer ſeinem Erblaſſer precario gegebenen Sache ohne Kenntniß vom Precarium erworben hat, aus ſeiner Perſon mit unſerm Interdicte nicht haften. Doch kann er ungeachtet ſeines guten Glaubens die Sache nicht erſitzen, weil er hinſichtlich der Uſucapion in das vitium ſeines Erblaſſers ſuccedirt.

L. 11 D. de div. temp. praescr. 44, 3:

Papinian. lib. 2. defin. Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum illum illo[39]) vel pre-

39) Die Worte illum illo ſind ohne Zweifel verderbt. Man hat ſie ganz ſtreichen wollen; Cujaz, ad libros Papin. defin. in h. l. ſchlägt vor: vel vi; Schulting: ille vi clam oder: illum vi, dolo; Anton Faber, de erroribus pragmat. dec. 76 error. 10: ille clam; Mommſen: clam ille. Nun iſt nach dem Schluſſe der l. 11 die Erſitzung auch für den gutgläubigen Erben deshalb unſtatthaft, weil der Beſitzerwerb des Erblaſſers mala fide geſchehen iſt; die mala fides aber kann auch bei einer iusta possessio ſtattfinden: und anderſeits verſteht es ſich von ſelbſt, daß derjenige, der deshalb nicht erſitzen kann, weil er clam erworben hat, sciens.

cario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. idem iuris est, cum de longa possessione quaeritur: neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonae fidei ratio non tueatur.

Daß der von der Sachlage unterrichtete Erbe des Precariſten infolge ſeines Beſitzerwerbes dem interdictum de precario ſchlechthin ausgeſetzt ſei, wie wenn er ſelbſt ein neues Precarium eingegangen wäre, ſpricht Papinian jedenfalls nicht aus; und es iſt gewiß bedenklich, dies argumento a contrario aus dem Worte ignorantem herauszuleſen[40]): kam es doch nach dem Zuſammenhange der Stelle gar nicht auf dieſe Frage an. Schwerlich jedoch kann man von dem heres sciens, der die ſeinem Erblaſſer precario anvertraute Sache endgültig für ſich behalten will, ſagen, er beſitze ſie trotzdem deshalb precario, weil er ſie pro suo nur dann beſitzen könnte, wenn er mittels dieſes ſeines Willens ſich ſelbſt die causa possessionis zu ändern vermöchte. Denn in der That ſetzt ſeine possessio pro suo eine Aenderung der causa ſeines Beſitzes gar nicht voraus: die precarii causa, durch welche der Erblaſſer beſeſſen hat, iſt für den Beſitz des Erben niemals gültig geweſen. Deshalb ſagt Paulus von einem ſolchen Erben: clam videri possidere.

Paul. V, 6, 12:

Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere:

---

d. h. mala fide erworben hat. Ich möchte deshalb vorſchlagen zu leſen: invito domino. Dadurch dürfte zugleich das folgende vel precario an Bedeutung gewinnen. Vgl. l. 12 pr. i. f. h. t. (ſ. unten nach N. 48) v.: domino invito.

40) Wie es thun A. Schmidt in Richters Kritiſche Jahrbücher Jahrg. VII Bd. 13 S. 781 N. *) unter d und v. Bangerow, Lehrbuch Bd. III S. 612.

nullae enim preces eius videntur adhibitae. et ideo persecutio eius rei semper manebit nec interdicto locus est.

Weil aber ein ſolcher Erbe nicht precario beſitzt, ſo läuft auch die vom precario dans begonnene Erſitzung nicht fort, der dritte Eigenthümer der Sache behält folglich ungeachtet des Ablaufs der Erſitzungszeit ſeine rei vindicatio, die ſich, ſolange der Erbe des Precariſten beſitzt, gegen dieſen richtet[41]). Und aus dem nämlichen Grunde (et ideo) findet gegen einen ſolchen Erben des Precariſten das interdictum de precario nicht ſtatt[42]); der precario dans iſt vielmehr auf andere Rechtsbehelfe verwieſen, alſo auf die condictio ex iniusta causa, daneben bei beweglichen Sachen auf die actio furti, und nach den Umſtänden auf die rei vindicatio oder die Publiciana in rem actio, und bei beweglichen Sachen auf die condictio furtiva. Daraus ergiebt ſich zugleich, daß die Unzuſtändigkeit des Interdicts für jenen Erben des Precariſten nachtheilig iſt. Soweit er der actio furti und der condictio furtiva ausgeſetzt iſt, verſteht ſich dies von ſelbſt: aber als bösgläubiger Beſitzer wird er auch gegenüber der rei vindicatio und der Publiciana in rem actio für omnes fructus percepti et percipiendi haftbar, gegenüber der condictio ex iniusta causa, für die der Beweis nicht ſchwieriger iſt, als derjenige für das Interdict, immerhin

41) Interpretatio ad Paul. l. c. i. f.: Actio tamen proprietatis domino adversus eum, qui ita manserit, iure competit. Bei der Auffaſſung des Textes iſt es durchaus nicht nöthig, unter dem dominus den precario dans zu verſtehen.

42) Demnach laſſe ich die im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 59 S. 242 N. 47 a. E. von mir aufgeſtellte Vermuthung fallen, die Worte: nec interdicto locus est — ſeien davon zu verſtehen, daß der Erbe als clandestinus possessor ſowenig als ſein precario beſitzender Erblaſſer das interdictum retinendae possessionis gegen den precario dans habe.

mindeſtens für die fructus percepti[43]), während die Klagen aus dem Interdicte nur die Früchte ſeit dem Augenblicke des interdictum redditum umfaſſen.

Wie jedoch, wenn der von der Sachlage unterrichtete Erbe des Precariſten die Sache in der Hoffnung in Beſitz genommen hat, der precario dans ſeines Erblaſſers werde ſie auch ihm precario belaſſen, — und nun jener, obwohl ihm das Ableben ſeines Precariſten nicht unbekannt geblieben iſt, von deſſen Erben die Rückgabe der Sache nicht verlangt? Gegen dieſen Erben würde ohne Zweifel auch Paulus das interdictum de precario geben, weil er zwar nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet, alſo precario possidere videtur.

Dies aber iſt ſicherlich ein ſehr gewöhnlicher Fall, ja wohl der regelmäßige. Es iſt daher unbedenklich, gerade von ihm zu verſtehen

L. 8 §. 8 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse, ut, sive habet sive dolo fecit, quo minus haberet vel ad se perveniret, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.

L. 2 Cod. h. t.:

Diocletian. et *Maxim.* Fabricio. a°. 293: Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifeste declaratur.

Bemerkenswerth iſt, daß die reſcribirenden Kaiſer nicht etwa eine Streitfrage entſcheiden wollen, ſondern

43) Auf die Streitfrage, wie weit die condictiones sine causa i. w. S. auch Früchte der Hauptſache umfaſſen, iſt hier nicht einzugehen. S. l. 38 §. 1 D. de usur. 22, 1 und dazu einerſeits Windſcheid, Lehrb. Bd. II §. 424 N. 3, anderſeits Guſtav Hartmann, die Obligation S. 266 f.

ihren Ausspruch auf die klare Fassung des Interdictes stützen, also auf die Worte: quod precario ab illo habes: diese treffen, wie sie meinen, auch für den Erben des Precaristen zu; und das kann gerade nur für den von uns bezeichneten Fall gelten.

Auf diese Weise verschwindet jeder Widerspruch zwischen Celsus, Papinian und Paulus auf der einen Seite und Ulpian und Diocletian auf der andern[44]).

Entsprechend überträgt sich das Precarium einer Gerechtsame nicht nur auf den Erben, sondern auf jeden Rechtsnachfolger des Precaristen in demjenigen Grundstücke, für das die precaristische Ausübung der Gerechtsame gewährt worden ist, sobald nur dieser Rechtsnachfolger jene Gerechtsame als precaristische übt, und der Besitzer des mit ihr belasteten Grundstücks, wenngleich nur stillschweigend, diese Ausübung duldet.

Die weitere Frage bleibt: von wem hat man precario?

Wir haben schon gesehen[45]), daß man nicht nothwendig von demjenigen precario zu besitzen braucht, der thatsächlich oder rechtlich über den Besitz zu verfügen vermag, precario vielmehr auch von jemanden besitzen kann, dem es gelingt, zu der Gewährung des Precarium auf seine Rechnung die Zustimmung dessen zu erlangen, dem die Verfügung über die Sache thatsächlich oder rechtlich zusteht.

---

44) So, wie ich jetzt glaube, mit Recht v. Vangerow a. a. O. S. 612 f. Es ist gar nicht nöthig, die von Ulpian und Diocletian ausgesprochene Haftung des Erben mit dem interdictum de precario auf das Vorbild der condictio sine causa zurückzuführen, wie ich das im Archiv S. 240 mit Bulling a. a. O. S. 60 f. angenommen habe. Hiernach ist auch die Darstellung in Thl. 1 S. 381 ff. und Thl. 2 S. 366 dieser Serie des Commentars zu berichtigen.

45) S. 224 ff.

L. 8 pr. h. t. (ſ. oben S. 224 f.).

Als der, von dem jemand precario beſitzt, gilt ſodann ohne weiteres der Erbe oder der ſonſtige Univerſalſucceſſor deſſen, von dem er precario den Beſitz erhalten hat. Und zwar iſt es gleichgültig, ob der Precariſt weiß, wer der Erbe iſt. Denn jeder Erbe hat die von ſeinem Erblaſſer ertheilte Gewährung ſolange gelten zu laſſen, bis er ſelbſt ſie widerruft.

L. 8 §. 1 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur: et ita et *Sabinus* et *Celsus* scribunt eoque iure utimur. ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. idem et *Labeo* probat et adicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere.

L. 12 §. 1 init. h. t. (ſ. oben S. 238).

Beim Precarium einer Gerechtſame muß auch der Singularſucceſſor in dem belaſteten Grundſtücke als derjenige gelten, von dem der Precariſt precario hat, ſobald jener die Ausübung der Gerechtſame als eine precario gewährte duldet.

Endlich gilt das von einem Gewaltunterthänigen gewährte Precarium als vom Gewalthaber ertheilt, ſobald dieſer ſeine Genehmigung dazu giebt.

L. 19 §. 1 h. t:

Julian. lib. 49. dig. Qui servum meum precario rogat, videtur a me precario habere, si hoc ratum habuero: et ideo interdicto mihi tenebitur.

Unter Umſtänden hört das precario habere von ſelbſt auf.

Namentlich geſchieht dies hinſichtlich der fiduciariſch oder zu Fauſtpfand verpfändeten Sache, die dem Pfandgeber precario überlaſſen worden iſt, mit Tilgung der

Pfandschuld: das Precarium war hier nur für die Dauer dieser Schuld eingegangen.

L. 11 D. h. t.:

Celsus. lib. 7. dig. Si debitor rem pigneratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur: quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret.

Dieser Ausspruch, der gemäß dem Inhalte des siebenten Buches der Digesten des Celsus ursprünglich von einer pignoris causa fiduciae gegebenen Sache gehandelt hat[46]), trifft auch für das Faustpfand zu, auf welches er in der Compilation umgestellt worden ist. Der Tilgung der Pfandschuld ist in dieser Beziehung die mora accipiendi des Pfandgläubigers gleichzustellen[46a]).

Weil aber mit Tilgung der Pfandschuld der ehemalige Schuldner die in der Form der fiducia verpfändete Sache nicht mehr precario besaß, so stand auch seiner usureceptio ex fiducia nichts mehr entgegen.

Gaius. II, 60:

— si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo conpetit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum vero soluta ita demum conpetit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio conpetit.

Das Precarium an der Waare, die vor Berichtigung des Kaufpreises dem Käufer widerruflich überlassen worden ist, hört auf, sobald der Kaufpreis völlig berichtigt, oder der Verkäufer in Annahmeverzug gerathen ist: der Käufer besitzt die Waare nunmehr pro emptore.

---

46) Lenel paling. vol. I col. 138 nr. 65 n. 1.

46a) Arg. l. 20 h. t. (s. unten den Text) arg. a contr. verb.: si per emptorem stetit, quo minus persolveretur.

L. 20 h. t.:

Ulp. lib. 2. respons. Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi[46b]).

Nicht dagegen hört das durch die concessio precarii einmal begründete precario habere auf mit Ablauf der ihm gesetzten Frist, gerade so wenig, wie der Precarist infolge des Widerrufs des Precarium aufhört, precario zu besitzen[46c]). In dem einen wie in dem andern Falle bleibt vielmehr unser Interdict gegen ihn wirksam. In beiden Fällen aber besitzt der Precarist die Sache nicht mehr erlaubterweise und haftet fortan als malae fidei possessor sowohl hinsichtlich der Sache selbst, als wegen ihrer Früchte; und wenn gleich diese Haftung nicht mittels unseres Interdictes geltend gemacht werden kann, so läßt sie sich doch mit der rei vindicatio und der Publiciana in rem actio verfolgen, und wenigstens hinsichtlich der fructus percepti auch mit der condictio sine causa[47]). Gerade in dieser Steigerung der Haftpflicht des Precaristen nach Ablauf der Frist, für welche ihm die Sache precario überlassen worden ist, liegt die Bedeutung einer solchen Frist; den precario dans dagegen bindet eine Frist in keiner Weise.

L. 12 pr. h. t.:

Celsus. lib. 25 dig. Cum[48]) precario aliquid datur, si

46b) Vgl. l. 21 D. loc. 19, 2 und arg. l. 11 h. t. cit.

46c) Und zwar besitzt er weiter als juristischer Besitzer. Ohne allen Grund versagt Bekker, das Recht des Besitzes S. 134, mit dem erfolgten Widerrufe des Precarium dem weiter besitzenden Precaristen gegen Dritte die interdicta retinendae possessionis: wem käme das zugut?

47) Vgl. oben S. 240 f. zu N. 43.

48) cui *scr.* M.

convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

L. 4 D. loc. 19, 2:

Pompon. lib. 16. ad Sab. Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit (deditve *ins.* Haloander), tollitur.

Auch für das Precarium der Waare vor Berichtigung des Kaufpreises bindet die gesetzte Frist den Verkäufer nicht. Irrig liest v. Ihering[48a]) das Gegentheil aus l. 20 h. t. heraus: in der That sagt die Stelle nur, daß, wenn die Nichtberichtigung des Preises am Käufer liege, der Verkäufer auch nach Ablauf der Frist die Sache zurückfordern könne, ohne Zweifel mit unserm Interdicte, m. a. W., daß der Käufer auch jetzt noch precario habet. Darin liegt keineswegs ausgedrückt, daß während der Frist der Verkäufer das Interdict nicht mit Erfolg anstellen könne. Es würde sich auch schwerlich ein Mittel geboten haben, dem Interdicte inzwischen die Wirkung zu nehmen. Eine Conventionalstrafe, welche ja gerade die formelle Statthaftigkeit des Interdicts voraussetzt, hätte doch höchstens mittelbar dazu gedient; eine Vertagung des Richterspruchs, woran v. Ihering ebenfalls denkt, wäre ohne ausdrückliche Ermächtigung des Prätors ebenso unmöglich gewesen, als die Abweisung der actio ex interdicto auf Grund der Befristung ohne exceptio im Interdicte: von dem einen wie von dem andern aber ist keine Spur vorhanden, während eine solche gewiß nicht fehlen dürfte, wenn ein derartiger Behelf überhaupt vorgekommen wäre. Auf eine petitio principii

---

48a) Der Besitzwille S. 405 f.

aber läuft es hinaus, wenn v. Jhering behauptet, die beliebige Widerruflichkeit des Precarium sei für dessen Anwendung beim Kaufe mit dem Geschäftszwecke schlechterdings unverträglich gewesen[48b]).

Ist dem Precarium eine Frist gesetzt, so tritt hier ganz ebenso wie bei der locatio conductio rei eine stillschweigende Fortsetzung (redintegratio) des precario habere ein, wenn der precario dans oder dessen Erbe in Kenntniß der Sachlage den Precaristen ruhig im Besitze läßt: wie in solchem Verhalten bei der locatio eine relocatio tacita liegt, so hier ein rursus precario concedere.

L. 4 §. 4 h. t. (s. oben S. 221).

Selbstverständlich kann eine tacita redintegratio precarii, ein tacite rursus precario concedere dann nicht eintreten, wenn vor Ablauf der ersten precarii concessio der precario dans geisteskrank geworden oder, ohne inzwischen beerbt zu sein, verstorben ist.

L. 6 pr. h. t. (s. oben S. 221).

Ist dagegen bei Ablauf der Frist ein Erbe vorhanden, so kann dieser gerade so gut, wie er eine relocatio tacita vornehmen könnte, auch tacite rursus precario concedere. So verstanden, widerspricht Ulpian, der in l. 6 pr. h. t. unter Berufung auf Marcellus die redintegratio precarii auch bei dem inzwischen erfolgten Ableben des precario dans für unzulässig erklärt, sich ganz und gar nicht, wenn er in l. 8 §. 1 h. t. behauptet, der Precarist habe ohne weiteres auch von dem Erben des precario dans precario. Er muß aber so verstanden werden; denn auch sein Gewährsmann, Marcellus, leugnete die redintegratio precarii beim Tode des precario rogatus dans nur für ein auf bestimmte Zeit gegebenes Precarium ohne im allgemeinen den Uebergang des Precarium auf den Erben

48b) S. unten Ziffer 6 zu N. 97a f. S. 277 f.

des rogatus zu bestreiten. Dies erhellt aus der
übereinstimmenden Behandlung, welche Marcellus
die relocatio tacita annimmt[49]), während es doch nich
geringsten Zweifel unterliegt, daß dieser Jurist di
catio conductio auf die Erben des locator übergehen
In dem Falle, wo er die relocatio tacita und die red
gratio precarii beim Tode des locator und des ro
verneinte, setzte er demnach voraus, daß beim Ab
der für locatio und precarium gesetzten Frist ein
noch nicht vorhanden sei[50]).

Ist die für das Precarium gesetzte Frist abgela
ohne daß eine, wenngleich nur stillschweigende, r
tegratio precarii stattgefunden hat, so liegt in der
jetzt eintretenden concessio precarii natürlich nicht
Fortsetzung des alten, sondern die Begründung
neuen Precarium.

L. 5 h. t. (s. oben S. 222).

Wie derjenige unserm Interdicte ausgesetzt ist,
precario vom Impetranten habet, so auch derjenige,
dolo malo fecit, ut desineret habere.

L. 2 pr. h. t. (s. oben S. 199).

L. 8 §. 3 h. t. (s. oben S. 209).

Beim Erben des Precaristen gestaltet sich diese
tung so, daß er auch dafür aufkommen muß, wen
absichtlich oder in lata culpa veranlaßt hat, quo m
ad se perveniret. Diese Erweiterung der Haftung
Erben beruht nicht darauf, daß er als grundlos berei

---

49) L. 14 D. loc. 19, 2 (s. oben S. 222 N. 17), welche n
scheinlich ursprünglich mit unsrer l. 6 pr. eine einzige
gebildet hat.

50) Damit erledigt sich der Vorwurf mangelnder Ueberle
den Schmidt in Richters Jahrb. Jahrg. 7 B
S. 774 N. *) dem Ulpian macht, indem er einen W
spruch zwischen l. 6 pr. und l. 8 §. 1 h. t. annimmt.

gilt, ſofern ihm in der hereditatis petitio und im Quorum bonorum ein Rechtsmittel auf Erlangung des ſeinem Erblaſſer precario anvertrauten Beſitzes gegen jeden zuſteht, der denſelben pro herede oder pro possessore ergriffen hat[50a]); vielmehr darauf, daß das abſichtliche Nichterwerben jenes Beſitzes dem dolo fecisse, quo minus haberet, gleichgeſtellt iſt[50b]). Deshalb kann die Haftung aus dieſem Grunde nur da eintreten, wo der Erbe weiß, daß der Erblaſſer die Sache precario beſeſſen hat. Wo er aber wegen deſſen, quod ad eum pervenit, ex dolo defuncti in Anſpruch genommen wird, kommt es natürlich auf ſeine Kenntniß vom Precarium nicht an: dieſe Verbindlichkeit trifft ihn unter allen Umſtänden, und zwar haftet er auch ihretwegen mit unſerm Interdicte, nicht, wie der Erbe des violentus possessor[50c]), mit einer actio in factum.

4. Außer den beſprochenen alternativen poſitiven Vorausſetzungen hat die Wirkſamkeit unſres Interdictes noch eine negative, die Pomponius im 29. Buche ad Sabinum ſo ausdrückt:

L. 15 §. 3 h. t.:

Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit.

Verſtehen wir den Ausdruck cautum habere in möglichſt engem Sinne, ſo ſagt die Stelle: wer die Rückgabe einer Sache ſtipulirt hat, dem ſteht ihretwegen das interdictum de precario nicht zu.

50a) L. 19 pr. §. 2 D. de H. P. 5, 3; l. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2; Gai. IV, 144 und dazu Thl. 3 dieſer Serie des Commentars S. 60ff.

50b) Hiernach iſt meine frühere Darſtellung im Archiv S. 238 unter e irrig.

50c) L. 1 § 48 D. de vi 43, 16. Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 66 S. 386f.

Bekker[51]) hat sich in seiner Weise mit diesem Satze durch die antwortlose Frage abgefunden: „Warum?“ Er scheint ihn also für eine bloße Laune der Römer, vielleicht sogar nur des Pomponius, zu halten. Vergegenwärtigen wir uns jedoch, daß die Fassung unsers Interdictes von jener negativen Voraussetzung nichts enthält, so werden wir kaum umhin können, den Grund für jene Entscheidung im Begriffe des Precarium zu suchen: wer das nicht der Mühe werth erachtet, verzichtet damit von vornherein auf das Verständniß des ganzen Instituts.

Nun wird uns weiter berichtet, daß das precario habere aufhört, wenn der Precarist hinterher die Sache miethet oder pachtet, wie umgekehrt eine vorgängige locatio conductio der Sache dadurch aufgehoben wird, daß der conductor sie sich precario gewähren läßt; und daß ein gleichzeitig mit einer conductio rei eingegangenes, auf den juristischen Besitz gerichtetes, Precarium nur wirksam wird, falls die conductio ein Scheingeschäft, also nichtig ist. Neben einer gültigen conductio dagegen kann das Precarium dem Precaristen nur die bloße Detention gewähren.

L. 10 D. de a. p. 41, 2:

Ulp. lib. 69. ad ed. Pr.: Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videtur discessisse a conductione: quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est: et hoc ***Pomponius*** ait. §. 1 (s. oben S. 210). §. 2: Sed si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno

51) Das Recht des Besitzes S. 131 N. 2 a. E.

nummo[52]): sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.

L. 33 §. 6 i. f. D. de usurp. 41, 3 (ſ. oben S. 211).

Bekker[53]) meint, die Verbindung des Precarium mit Miethe ſei in Rom anſcheinend zumeiſt zu dem Zwecke verſucht worden, um dem Miether juriſtiſchen Beſitz zu verſchaffen; und gerade dieſe Verbindung ſei für unzuläſſig erklärt. Hierbei hat der genannte Schriftſteller zunächſt nicht beachtet, daß der Fall, wo der Precariſt einen Miethvertrag abſchließt, dem andern Falle völlig gleichgeſtellt wird, wo der Miether ein Precarium eingehen will, daß mithin der von ihm vermuthete Zweck der Verbindung beider Geſchäfte, der ja für den erſten Fall ſchlechterdings nicht zutrifft, nicht füglich der vorwiegende geweſen ſein kann. Sodann aber hat er ſich nicht klar gemacht, daß auch für den letztern Fall jener Zweck nur gegen ein Opfer hätte erreicht werden können, das ſeinen Werth weit überſteigt. Es iſt ja richtig, daß nach römiſchem Rechte der conductor unmittelbaren Beſitzſchutz nicht genießt. Wohl aber kann er mit der Contractsklage vom locator verlangen, daß dieſer ihn gegen eine von dritter Seite verübte Entziehung des ihm zugeſicherten uti oder uti frui, ſowie gegen eine drohende Störung darin ſchütze; und jenes Verlangen erhält dadurch Nachdruck, daß der conductor in der Lage iſt, wegen Nichtgewährung dieſes Schutzes dem locator die merces zu kürzen: gegenüber Dritten alſo würde ihm die Zuſtändigkeit eigner Beſitzklagen immerhin nicht mehr gewähren, als einen einfachern Weg der Hülfe. Gegen den locator ſelbſt da-

52) Die lex geminata, 46 D. loc. 19, 2, giebt: Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.

53) A. a. O. S. 131 N. 2 in der Mitte.

gegen würde er auch als juriſtiſcher Beſitzer kraft des Precarium keinen Schutz durch Klage erlangen, ſondern nach wie vor auf die Contractsklage beſchränkt ſein. Anderſeits aber würde der conductor, der ein Precarium eingeht, damit nothwendig den feſten Anſpruch auf Gewährung des ihm contractlich zugeſagten uti oder uti frui licere verlieren. Schwerlich alſo hat jemals ein verſtändiger Menſch die Verbindung von conductio und Precarium in der Abſicht verſucht, dadurch den Beſitzſchutz des precario possidens zu gewinnen. Folglich konnte auch für die römiſche Praxis gar kein Anlaß entſtehen, dieſe Verbindung zu unterſagen, um dem conductor den Beſitzſchutz abzuſchneiden.

Der Grund, weshalb die conductio mit dem Precarium unvereinbar iſt, muß mithin in einem andern Umſtande liegen. Und dieſer Umſtand dürfte fürwahr nicht ſchwer zu entdecken ſein: es iſt der innere Widerſpruch beider Verhältniſſe. Der conductor will einen feſten Anſpruch gegen den locator erwerben, wonach der letztere ihm ein beſtimmtes uti oder uti frui licere zu gewähren hat; der Precariſt umgekehrt ſoll keinerlei Anſpruch auf die Benutzung der ihm anvertrauten Sache erhalten. Weil das Eine mit dem Andern völlig unvereinbar iſt, ſo muß dasjenige beider Verhältniſſe aufhören, welches bereits beſteht, wenn nunmehr das andere eingegangen wird.

Wenn demgegenüber die gleichzeitige Eingehung von Precarium und conductio zugelaſſen iſt, ſo darf das nicht in dem Sinne verſtanden werden, als ob hier der Precariſt durch die conductio einen Anſpruch auf das uti oder uti frui für eine beſtimmte Zeit erwerbe: das iſt logiſch unmöglich. Vielmehr hat die Verbindung beider Verhältniſſe nur die Bedeutung, daß der Precariſt nach Maßgabe der Zeit, für welche ihm thatſächlich die Be-

nutzung der precario gegebenen Sache belassen ist, dem precario dans dafür eine merces leisten solle[54]).

Denkbar wäre es dabei immerhin, daß der Precarist juristischen Besitz habe. Allein die Römer versagten positivrechtlich nun einmal den unmittelbaren Besitzschutz jedem, der für die Innehabung der Sache einem Dritten merces zu zahlen schuldig war. Demnach gewähren sie in diesem Falle dem Precaristen nur die Detention.

Unbestritten hat hier der precario dans die actio locati auf die ihm zugesagte merces. Eben so unzweifelhaft aber glauben wir ihm die nämliche Klage auf Rückgabe der Sache versagen zu müssen: es liegt in der That gar nicht das Synallagma der locatio conductio rei vor, insofern sich der precario dans nicht zu einer Gebrauchsgewährung ex conducto verpflichtet hat. Eben deshalb aber hat auch anderseits der Precarist sich nicht ex locato verpflichtet, die Sache nach Gewährung eines bestimmten Gebrauches zurückzugeben, wie er denn auch gewiß nicht für omnis diligentia einsteht.

Somit werden wir kaum fehl gehen, wenn wir das de re sibi restituenda cautum habere, welches nach l. 15 §. 3 h. t. unser Interdict ausschließt, von jedem gültigen Versprechen der Rückgabe verstehen[55]).

Und somit gelangen wir zu dem Schlusse: das Precarium ist deshalb unvereinbar mit der vertragsmäßigen Verpflichtung auf Rückgabe der anvertrauten Sache, weil eine jede derartige Verpflichtung dem Wesen des Pre-

54) Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 192 f.

55) Gleicher Ansicht, wenn ich recht verstehe, Degenkolb a. a. O. S. 187 N. 3. Doch scheint er mir nach dem von ihm herbeigezogenen Vergleiche mit der Klage aus dem Constitut (§. 9 J. de act. 4, 6) den Grund für die Unvereinbarkeit des interdictum de precario mit einer civilen Vertragsklage auf Rückgabe der Sache viel zu äußerlich darin zu suchen, daß das civile Versprechen die selbständige Wirkung des pre-

carium zuwiderläuft. Wir werden gerade aus dieser Auffassung das Wesen des Precarium erklären müssen[56]).

5. Das Interdict gebietet dem Impetraten, die precario empfangene Sache in dem Zustande herauszugeben, wie er sie im Augenblicke des Erlasses hat oder haben würde, wenn er nicht ihren Verlust oder ihre Verschlechterung durch Dolus oder grobe Fahrlässigkeit verschuldet hätte. Erst von Erlaß des Interdictes haftet der Impetrat für Früchte der Sache. Beim Precarium einer Gerechtsame hat er sich von da an jeder Ausübung zu enthalten und die zwecks solcher etwa gemachten Vorrichtungen auf seinem eignen Grundstücke zu beseitigen. Dagegen geht unser Interdict nicht auf Beseitigung der zwecks Ausübung der Servitut auf dem Grundstücke des Impetranten gemachten Vorrichtungen: diese hat der Impetrat nicht precario[56a]).

Genügt Impetrat dem Interdicte nicht, so bemißt sich demgemäß seine Verurtheilung sowohl im iudicium secutorium als in der formula arbitraria nach dem Interesse des Impetranten an der Befolgung des Interdictes zur bezeichneten Zeit. Nach Erlaß des Interdicts haftet Impetrat für omnis culpa, insofern für omnis causa[57]).

L. 8 §§. 4—6 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui eo tempore, ex quo interdictum editum est:

---

cären „Habens" als reiner Thatsache absorbire: sie beruht vielmehr auf dem innern Gegensatze zwischen Schuldvertrag auf Rückgabe und Precarium.

56) S. unten Ziffer 10 unter 1.

56a) L 17 init. D. comm. praed. 8, 4 (s. oben S. 228).

57) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838e Ziffer 103 S. 246ff.

ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur. §. 5: Si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc amissa sit, videamus, an interdicto teneatur. ego arbitror non alias, quam si dolo fecerit. §. 6: Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis fecit[58]) precario, omnem causam debebit constituere[59]).

L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 (ſ. oben S. 209).

Das Interdict war unverjährbar.

L. 8 cit. §. 7 h. t.:

Interdictum hoc et post annum competere ***Labeo*** scribit eoque iure utimur: cum enim nonnunquam in longum tempus precarium conceditur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum.

Bekanntlich iſt dieſer Ausſpruch ein Hauptbeweis dafür, daß nach römiſchem Rechte die Verjährung von Forderungsklagen von dem Augenblicke der Fälligkeit zu laufen beginnt, m. a. W. nicht erſt erfolgloſe Mahnung vorausſetzt, ſondern nur Unbefriedigtſein der einklagbaren Forderung.

Zuſtändig für den Erlaß des Interdicts iſt nicht das Gericht des Ortes, wo das Precarium eingegangen iſt, auch nicht das Gericht des Ortes, an dem der precariſtiſche Beſitz geübt wird, ſondern ausſchließlich das forum generale des Precariſten.

L. 15 §. 5 h. t.:

Pompon. lib. 28. ad Sab. Quo quis loco precario aut possideat aut coeperit possidere, nihil refert, quod ad hoc interdictum pertineat.

---

58) D. h. das Interdict nicht ungeſäumt befolgt hat. S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars a. a. O. S. 247 N. 23.

59) restituere mehrere der beſſeren Vulgathandſchriften (XYMOC).

Als geſetzgeberiſchen Grund für die Aufſtellun
ſeres Interdictes geben Ulpian in l. 14 §. 11
furt. 47, 2[60]) und Paulus l. 14 h. t.[61]) übereinſtim
den Mangel einer civilis actio an, den ſie wiederum
einſtimmend darauf zurückführen, daß das Precariu
Schenkung ähnlich ſei, mehr Verwandtſchaft mit Sche
und Freigebigkeit habe, als mit einem verpflicht
Geſchäfte.

Hiermit ſteht jedoch in Widerſpruch ein andrer
ſpruch des Paulus, der uns von den Weſtgo
überliefert worden iſt.

Paul. V, 6, 10:

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex
quis quod precarium habet restituat. nam et
actio huius rei sicut commodati competit: e
maxime, quod ex beneficio suo unusquisque ini
pati non debet.

Daß die Weſtgothen wirklich ſo geleſen habe
giebt die Interpretatio:

Si quando alicuius precibus exorati aliquid c
que possidendum ad tempus fuerit praestitum,
primam admonitionem hoc ipsum reddere no
datur adversus eum interdictum et actio iusta pr
tur: quae actio civilis est, velut si de comm
agatur, ut res ipsa praestita sine aliqua diffic
reddatur: quia pro beneficio pati quemcunque ini
non oportet.

Man hat dieſen Widerſpruch vielfach dadurch z
ſeitigen geglaubt, daß man die civilis actio huiu
sicut commodati als die actio praescriptis verbis au
von der in l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. die Red

60) S. oben S. 209.
61) S. oben S. 209.

Im Einzelnen gehen freilich die hierauf gebauten Auslegungen auseinander.

Cujaz[62]) ſtellt die actio praescriptis verbis als eine durch Kaiſerconſtitutionen eingeführte Klage der civilis actio entgegen, unter welcher er demnach eine dem alten ius civile (ius ordinarium) angehörige Klage verſteht. Ganz abgeſehen von der völlig willkürlichen Behauptung, die actio praescriptis verbis aus dem Precarium beruhe auf Conſtitutionen, läßt die Auffaſſung es unverſtändlich, mit welchem Fuge Paulus alsdann etwa jene Klage als civilis actio sicut commodati bezeichnen durfte.

Donellus[63]) unterſcheidet zwei Begriffe der actio civilis, einen weitern, unter welchen nach l. 15 (Solent) D. de praescr. verb. 19, 5 und l. 7 (Juris gentium) §. 2 D. de pact. 2, 14 als utilis, id est inducta ex sententia legis per interpretationem, auch die actio praescriptis verbis falle, und den engern, eigentlichen Begriff, wonach iuris civilis actio nur eine ſolche ſei, quae est directa, id est ipsis verbis iuris civilis prodita. Allein dieſer engere Begriff der actio iuris civilis iſt in den Quellen nirgends auch nur angedeutet; und unter allen Umſtänden würde Paulus ſchweren Tadel verdienen, wenn er ohne die, bei Donells Vorausſetzung unerläßliche, Erläuterung an einer Stelle jede iuris civilis actio eo nomine leugnet, an einer andern dagegen ſagt: et civilis actio huius rei sicut commodati competit. Dieſer Vorwurf wird von dem alten Juriſten auch dann nicht entfernt, wenn man

62) Paratitla in libros IX Cod. Just. ad h. t. Dagegen in den interpretationes in Julii Pauli recept. sent. ad filium lib. V. ad V, 6, 10 und in Observ. IV, 7 erklärt er die actio praescriptis verbis für eine in der Praxis (receptum est) ex aequo et bono nach Art der außercontractlichen Condictionen entſtandene Klage.

63) Comm. de iure civ. lib. XIV. cap. 34 i. f.

mit Bulling[64]) unter der in l. 14 h. t. geleugn
iuris civilis actio eo nomine eine Civilklage verſ
„die durch die precarii concessio begründet wäre,
der er (der precario rogatus) immer durchdränge, ſo
er ein Precarium bewieſe", m. a. W. eine Contre
klage; die civilis actio huius rei sicut commodati
gegen, welche dem precario dans nach Paul. V, 6
neben der interdicti actio competit, als außercontract
condictio auffaßt, deren Aehnlichkeit mit der commo
actio nur darin liegt, daß ſie auf die precario gege
Sache geht, wie jene „auf das Weggeliehene". Zu
heißt commodati actio nicht, wie Bulling behau
„Klage auf das Weggeliehene", vielmehr „Klage aus
Leihvertrage", wie er irrig beſtreitet.

Degenkolb[65]) endlich glaubt den Widerſp
zwiſchen l. 14 h. t. und Paul. V, 6, 10 geſchichtlich l
zu können. In der erſtern Stelle nämlich hebe Pau
als Motiv zur Einführung des Interdictes den dar
vorhandenen Mangel der civilis actio hervor (quia n
eo nomine iuris civilis actio esset, nicht est), in
andern Stelle erwähne er ſelbſt die (ſpätere) Exi
ſolcher Klage. Allein, während ſo freilich der W
ſpruch des Paulus mit ſich ſelbſt vermieden wird,
um ſo ſchärfer ein Widerſpruch zwiſchen ihm und
Ulpian heraus, der in l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2
Precariſten ganz beſtimmt ſagt: cum non est co
eum civilis actio (quia simile donato precarium est) i
que et interdictum necessarium visum est. Nun ni
Degenkolb an, daß Ulpian, wie ihm in l. 2 §. 2
zugeſchrieben wird, in der That eine actio praesc
verbis de precario anerkannt habe; er weiß daher je
Widerſpruche nur mit der Bemerkung zu begegnen,

64) Das Precarium S. 64 f.
65) Platzrecht S. 171 f. N. 3.

im Sinne Ulpians der civilis actio eine nähere Beziehung gegeben werden müsse. Indessen stellt er selbst diese Beziehung nicht fest, begnügt sich vielmehr damit, die eben besprochenen Ansichten des Donellus und des Cujacius anzuführen, von denen er die erstere als irrig bezeichnet. Da er jedoch jene vermeintliche actio praescriptis verbis als Contractsklage auffaßt, so bleibt es ausgeschlossen, daß er die gesuchte engere Beziehung der zu ihr im Gegensatze stehenden civilis actio im Wesen einer Contractsklage erblicke.

Auf solchem Wege scheint also keine Hülfe zu finden.

Kann aber Paulus V, 6, 10 wirklich so geschrieben haben, wie die Westgothen überliefern?

Schon der Eingang dieser Stelle ist m. E. mindestens sehr verdächtig. Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Auffallend unter allen Umständen ist der Ausdruck „interdicti actio", nicht minder das „proponi ex eo, ut quis — restituat." Versteht man sodann mit Lenel[66]) unter jener interdicti actio die formula arbitraria ex interdicto, so kann man freilich den Mangel der Erwähnung des agere per sponsionem daraus erklären, daß die Westgothen diese Erwähnung streichen mußten; allein unverständlich bleibt es dabei, wie der durch die Knappheit seines Ausdrucks bekannte Paulus obendrein in seinen ganz besonders kurz gefaßten Sentenzen dazu gekommen sein sollte, sich hier in so völlig zweckloser, ja geradezu unerträglicher Breite auszulassen. Und wozu das redditur actio, quae proponitur? Der gewiesene Ausdruck wäre gewesen: Proponitur interdictum, ut etc. Daß ein proponirter Rechtsbehelf vorkommendenfalls auch ertheilt werde, verstand sich ja von selbst, ebenso wie die Möglichkeit des zweifachen Verfahrens aus einem restitutorischen

66) Ed. perp. §. 258 n. 17.

Interdicte. Uebrigens würde ſtatt proponitur auch redditur genügt haben, da es hier auf das proponi kaum ankam[66a]). Vollends bedenklich aber iſt die Rechtfertigung des Interdictes durch den uns angehenden folgenden Satz: nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit. Dies widerſpricht nicht nur der Aeußerung Ulpians in l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 cit., ſondern nicht minder der eignen Aeußerung des Paulus in l. 14 h. t. cit., ſelbſt wenn wir in der letztern eine lediglich geſchichtliche Erklärung unſeres Interdicts erblicken. Und was ſchlimmer iſt: das Daſein einer civilis actio kann doch nimmermehr die Aufſtellung eines concurrirenden Interdictes rechtfertigen. Es müßte vielmehr heißen: sed et civilis actio competit[66b]) oder dergl. Nun wird freilich, wie Schulting[67]) richtig bemerkt hat, in der von den Weſtgothen überlieferten Umarbeitung der Inſtitutionen des Gaius[68]) jenes nam ebenfalls in dem Sinne eines zu einem neuen Gedanken überleitenden sed gebraucht; allein für den echten Paulus iſt ein ſolcher Gebrauch unerhört; und mit gutem Grunde fügt Schulting ſeiner Bemerkung bei: Vereorque adeo, ne is (scil. interpres

---

66a) Vgl. Paul. V, 6, 2: Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis etc. §. 13: Adversus eum, qui — tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio reddi tur; §. 16: de his nec interdictum redditur.

66b) Uebrigens weiſet auch der Ausdruck „actio competit“ von der nicht proponirten ſog. actio praescriptis verbis auf eine Interpolation. Grabenwitz, Interpolationen in den Pandekten S. 137 unten. Vgl. auch P. Krüger, Zeitſchr. für Rechtsgeſch. Bd. 29 S. 4 ff.

67) Jurisprudentia vetus ante-iustinianea ad Paul. V, 6, 10 n. 63.

68) Z. B. I, 2 jedesmal zu Eingang der §§. 1, 2, 3 und 4 und, wie ich nach Scialoja, il possesso del precarista p. 233 n. 1, hinzufüge, I, 4 §. 9; 5 §. 2; II, 3 §. 1, §. 6; 4 §. 3.

Alaricianus) in verbis Pauli quaedam inverterit. In der That erhellt die Richtigkeit dieser Vermuthung aus den folgenden Worten: eo vel maxime, quod beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet. Denn diese Worte enthalten die legislatorische Begründung für einen Rechtsbehelf auf Erstattung des Precarium, ganz ähnlich, wie dies in l. 2 §. 2 h. t. geschieht. Der Satz: nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit aber kann gar nicht zu dieser Begründung gehören, vielmehr nur den Zweck haben, zu erläutern, weshalb jener Rechtsbehelf gerade ein Interdict sei. M. a. W. Paulus hat nicht geschrieben: nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit, sondern umgekehrt, etwa: nam nulla civilis actio etc. Das Interdict, sagt er, wird, da es nämlich keine Civilklage giebt, aus dem besondern Grunde gegeben u. s. w.

Wie aber erklärt sich die Umänderung des Ausspruchs im Breviarium Alaricianum? Dies ersehen wir aus zwei Stellen unseres Titels.

L. 19 §. 2 h. t.:

Julian. lib. 49. dig. Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.

L. 2 §. 2 h. t.:

Ulp. lib. 71. ad ed. Et naturalem habet in se aequitatem (scil. interdictum de precario)[69]: est enim natura aequam tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex fide bona oritur.

69) Hier schalten die Pandekten das Glossem ein: namque precarium revocare volenti competit.

Gradenwitz[70]) hat m. E. überzeugend nachgew
daß der Ausdruck „actio praesciptis verbis“ in den
menten der classischen Juristen eine spätere Zutha
So ist er, worauf schon das id est ziemlich sicher
weiset, zunächst in l. 19 §. 2 h. t. der richtigen B
tung Julians angehängt, daß wegen eines Preca
nicht nur mit dem Interdicte geklagt werden k
sondern auch mit der incerti condictio wegen grund
Bereicherung des Precaristen. Dieser Zusatz würd
durchaus nichtssagend selbst dann bedenklich ersch
falls es gewiß wäre, daß die condictiones incerti
praescripta verba eingeleitet wurden; er ließe sich
der angegebenen Voraussetzung nur ertragen, sofe
zugleich die concrete Fassung der praescripta verba b
condictio sine causa ex precario mittheilte[71]). E
aber sind in l. 2 §. 2 h. t. die Worte: praescriptis
bis actione ein Emblem. Von der Klage aus e
Innominatcontracte verstanden, würden sie Ulpia
l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 mit sich selbst in W
spruch setzen; auch würde dann die Herleitung der
ex bona fide statt aus einem negotium bonae fidei
geschmackt sein. Dagegen stimmt diese Herleitung
mit dem Interdicte concurrirenden Klage auf das
wenn wir letztere als außercontractliche Condictio

---

70) Interpolationen in den Pandekten §. 17 S. 123—145.
stimmend Lenel in Zeitschrift der Savigny-Stiftung
roman. Abth. S. 181.

71) Lenel ed. perp. S. 123 f. nahm demnach an, die Co
toren haben die hierauf bezüglichen Worte gestrichen,
durch das verbleibende: id est praescriptis verbis den S
zu erwecken als meine Julian dieselbe actio praesc
verbis, von der Ulpian in l. 2 §. 2 h. t. redet.
ähnlich wie in l. 19 §. 2 h. t. ist das id est praesc
verbis hinter incerto iudicio beigefügt in l. 9 Cod. d
nat. 8, 53 (Dioclet.).

fassen[72]) Auch ist für die condictio sine causa das itaque wohl am Platze, mittels dessen diese Klage neben dem Interdicte auf die natürliche Billigkeit zurückgeführt wird, während es für eine Contractsklage ganz unschlüssig ist[73]). So dürfen wir annehmen, daß auch Ulpian von einer außercontractlichen Condictio geredet hat.

Nun hat freilich auch die condictio sine causa eine intentio iuris civilis und kann insofern mit vollem Rechte als actio civilis bezeichnet werden. Allein die römischen Juristen gebrauchen den Ausdruck civilis actio nicht selten in dem ganz besondern Sinne einer Klage aus einem obligirenden Rechtsgeschäfte[74]). Und in diesem

72) L. 66 D. de cond. ind. 12, 6: (Papinian. lib. 8. quaest.). Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. L. 65 §. 4 eod.: (Paul. lib. 17. ad Plautium.) Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem etc. L. 14 eod.: (Pompon. lib. 21 ad Sab.) Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

73) Grabenwitz a. a. O. S. 128.

74) L. 17 §. 3 D. commod. 13, 6: (Paul. lib. 29. ad ed.) — geritur — negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii et nudae voluntatis fuerit, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit etc. L. 15 D. de praescr. verb. 19, 5: (Ulp. lib. 42. ad. Sab.) et quidem conventio ista non est nuda, — sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest etc. L. 7 §. 2 D. de pact. 2, 14: (Ulp. lib. 4. ad ed.) — ille (Mauricianus) ait civilem incerti actionem (id est praescriptis verbis): esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio. L. 3 §. 6 D. si mens. 11, 6; (Ulp. lib. 24. ad ed.) Servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait (Pomponius), quamvis civilis actio de peculio competat.

Sinne ist es gemeint, wenn sie ungeachtet der mit unserm Interdicte concurrirenden condictio incerti eine civilis actio aus dem Precarium leugnen.

Die Interpolation der actio praescriptis verbis in l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. braucht indessen nicht erst den Compilatoren Justinians zugeschrieben zu werden; sie ist höchst wahrscheinlich lange vor Justinian in den Rechtsschulen der nachclassischen Zeit entstanden. Hatte man jedoch in dieser actio praescriptis verbis in der That eine actio civilis in jenem engern Sinne, so war es geboten, auch in den von der Praxis vorzugsweis benutzten sententiae des Paulus hiernach die Aenderung vorzunehmen, die uns von den Westgothen überkommen ist[75]). Dadurch wird zugleich die Ungeschicklichkeit der gesammten Fassung dieser Stelle begreiflich.

Schließlich sei noch betont, daß von einer exceptio wegen der Verwendungen, die der Precarist auf die ihm anvertraute Sache etwa gemacht hat, sich m. W. keine Spur findet[75a]).

6. Ein wirkliches Verständniß des Precarium werden wir nur dann erreichen, wenn wir die praktische Bedeutung verstehen, die es bei den Römern gehabt hat.

Einen Versuch, wenigstens in der Geschichte eine praktische Grundlage des bisher so räthselhaften Institutes zu gewinnen, hat v. Savigny[75b]) gemacht. Nach Niebuhrs[75c]) geistreichem Vorgange leitet er das Pre-

75) Hierauf zuerst hingewiesen zu haben, ist das Verdienst Dernburgs, Pandekten Bd. 2 3 Aufl. §. 91 N. 11.

75a) Windscheid, Lehrb. Bd. 2 §. 376 zu N. 7.

75b) Das Recht des Besitzes §. 42 a. E. 7. Aufl. S. 464 f. cf. §. 12 a S. 202 unter 3.

75c) Römische Geschichte 2. Ausg. Thl. II S. 167 f. Aehnlich Th. Mommsen, römische Geschichte I. Buch Cap. 13 (4. Aufl. S. 194) und römische Forschungen Bd. 1. 2. Aufl. S. 380.

carium aus dem alten Clientelverhältnisse her. Die Patrone haben auf dem von ihnen occupirten ager publicus ihren Clienten Bauergüter auf willkürliche Kündigung zu Lehen gegeben. Da nun ein civilrechtliches Obligationsverhältniß hier nicht möglich war, so sei dem Patron gegen den Clienten, der nicht weichen wollte, das interdictum de precario ertheilt worden. Einmal eingeführt, sei dieses Rechtsmittel auch auf andere Gegenstände angewendet worden, für welche es wohl nie zuerst eingeführt worden wäre, insbesondere auch auf Mobilien. Schon im classischen Rechte erscheine danach das Precarium im allgemeinen als ein überflüssiges Rechtsinstitut; zufällig sei es für die Pfandfiducia wieder wichtig geworden; im justinianischen Rechte sei auch diese Anwendung verschwunden. Die hauptsächliche Quellenstütze findet diese Ansicht in Festus s. v. patres]: — quique agrorum partes attribuerint tenuioribus perinde ac liberis.

In seinem römischen Staatsrecht Bd. 2 1. Abth. 2. Aufl. S. 456 N. 1 stellt er daneben das Verhältniß des possessor am ager publicus, das nach seiner Ansicht vielleicht einen noch früheren Fall des sog. abgeleiteten Besitzes gebildet hat, als das Verhältniß des Clienten zu dem ihm vom Patron widerruflich überlassenen Besitze. Allerdings konnte der Staat den Besitz des ager publicus ebenso willkürlich widerrufen, wie der precario dans das Precarium. Allein der Besitz des ager publicus wurde nicht mit den possessorischen Interdicten geschützt, sondern mit dem interdictum de loco publico fruendo (Thl. 4 dieser Serie des Commentars S. 297 ff.), und der Staat bediente sich zwecks Einziehung des ager publicus nicht unseres Interdictes, sondern der Cognition des Censors. Mommsen a. a. O. S. 456. Demnach ist das Institut des ager publicus für die geschichtliche Erklärung des Precarium nicht füglich zu benutzen. Jedenfalls kommt es für die dogmatische Ausgestaltung des Precarium nicht mehr in Betracht, seitdem unter den Flaviern die letzten Ueberreste des ager publicus in Italien verschwunden waren.

Hiergegen hat schon Karl Adolf Schmidt[75d]) geltend gemacht, daß die vermeintliche Erstreckung des Precarium auf bewegliche Sachen in der Formel des Interdicts: quod precario habes — entschiedenen Widerspruch finde, den man nur durch die höchst mißliche Conjectur würde entfernen können, das Interdict habe ursprünglich gelautet: quem fundum etc., indem man zugleich die exceptio precariae possessionis beim Utrubi für eine Erfindung der spätern Zeit halten müsse. Hiergegen beweiset l. 4 pr. h. t. mit den Worten: In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit — schwerlich, daß das Precarium ursprünglich nur bei Grundstücken vorgekommen sei[75e]); und noch weniger läßt sich darauf schließen aus Isidor. Orig. V, 25, 17: Precarium est, dum prece creditor rogatus permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati morari et ex eo fructus capere; oder aus der Stellung des interdictum de precario im Edicte bei dem Interdictum für unbewegliche Sachen[75ee]).

Bulling[75f]) führt gegen v. Savignys Ansicht

75d) Recension von G. E. Schmidt, das Commodatum und Precarium, in Richters und Schneiders kritischen Jahrb. Jahrg. 7 Bd. 13 S. 778. A. M. Dankwardt a. a. O. §. 6 N. 3 S. 295 f.

75e) Umgekehrt folgt auch aus l. 1 §. 1 D. commod. 13, 6 keineswegs, wie Dankwardt a. a. O. meint, daß das Commodat von beweglichen Sache auf Grundstücke erst ausgedehnt worden sei: es handelt sich hier um eine rein sprachliche Frage.

75ee) S. v. Ihering, der Besitzwille S. 391 N. 2. Vgl. unten Ziffer 7 zu N. 23.

75f) Das Precarium S. 2. Aehnlich v. Ihering a. a. O. S. 392, der mit v. Savigny allerdings darin übereinstimmt, daß das Precarium ursprünglich die Form der patronatischen Landleihe an den Clienten gewesen ist (Geist des römischen Rechts I §. 16. 3. Aufl. S. 240 ff.), übrigens aber ausdrücklich erklärt (Besitzwille S. 392), daß er sich nicht er-

weiter aus, daß ursprünglich zwischen Patron und Clienten eine privatrechtliche Klage überhaupt nicht statthaft gewesen sei[75g]). Im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 59 S. 255 habe ich dieser Bemerkung hinzugefügt, daß, solange das alte Clientelverhältniß bestand, es für den Patron zur Rückforderung des Lehngutes eines Rechtsmittels gar nicht bedurfte, so wenig, als der Gewalthaber zur Einziehung des Peculium jemals ein Rechtsmittel erhalten hat[75h]). Sobald aber zwischen Patron und Clienten privatrechtliche Klagen zugelassen waren, lag vollends kein Grund mehr vor, für das Clientelverhältniß einen besondern Rechtsbehelf aufzustellen. — Auch leiten die Römer das Precarium aus dem ius gentium her[75i]), während das römische Patronatsrecht iuris civilis war[75k]).

Endlich erscheint in der That das Precarium, trotz dem Verschwinden der Fiducia, noch in der Compilation als ein durchaus praktisches Institut. Das beweiset nicht nur der Pandektentitel, der das Precarium in zweiundzwanzig, zum Theil ziemlich langen, Bruchstücken ex professo behandelt[75l]), sondern auch seine häufige Erwähnung

---

innere, einem Versuche der Widerlegung des Savignyschen Erklärungsversuches begegnet zu sein.

75g) Dionys. Halic. 2, 10.

75h) So auch v. Jhering, Besitzwille S. 393 Zweitens. — Nicht treffend ist v. Jherings dritter Einwand gegen v. Savigny, das interdictum de precario passe nicht in die alte Zeit hinein, da die rechtsbildende Thätigkeit des Prätors erst mit Einführung des Formularprocesses begonnen habe: die ältesten Interdicte gehören der Zeit des reinen Legisactionenverfahrens an S. Thl. II dieser Serie des Commentars S. 308 f.

75) L. 1 §. 1 h. t. (s. oben S. 229).

75k) M. Voigt, das ius naturale etc. Thl. II §. 18 S. 117 f.

75l) So auch v. Jhering, Besitzwille S. 395 zu N. 2.

an den verschiedensten Stellen der Digesten und des Codex. Demgegenüber ist wider die thatsächliche Anwendung des Precarium zu Justinians Zeit schwerlich, wie Scialoja[75m]) meint, etwas aus der Thatsache zu folgern, daß es im Codextitel 8, 9 nur in Einer Constitution behandelt wird: mit gleichem Rechte dürfte man auch das Uti possidetis zu Justinians Zeit für einen wenig angewandten Rechtsbehelf halten, giebt doch der Codextitel 8, 6 darüber ebenfalls nur Eine einzige Constitution.

Somit bleibt uns nichts übrig, als die verschiedenen Fälle der Anwendung uns vorzuführen, welche die Quellen für das Precarium angeben, sowie nicht minder diejenigen, welche ihm nach den Ansichten moderner Schriftsteller beigelegt werden.

1. Das Precarium bei der Fiducia[75n]).

Bei der fiducia depositi causa cum amico contracta quo tutius nostrae res apud eum sint, verbot sich das Precarium nach dem Zwecke der Fiducia von selbst. Anders bei der fiducia cum creditore pignoris iure contracta. Oft wurde der Zweck jenes Geschäftes, nämlich die Sicherung des Gläubigers, dadurch nicht gefährdet, daß dieser die ihm verpfändete Sache nicht besaß; insbesondere gilt dies für Grundstücke, die ja seiner rechtlichen Verfolgung thatsächlich nicht entzogen werden konnten.

75m) Il possesso del precarista in Per l'VIII Centenario della Universita di Bologna p. 236.

75n) Vgl. zu den folgenden Nummern 1—3 von Jhering, der Besitzwille S. 397, 413 „Die geschäftliche Function des Precariums". — Es beruht wohl nur auf einer augenblicklichen Vergeßlichkeit, wenn S. 410 behauptet wird, das Fiduciargeschäft sei an res nec mancipi ganz ausgeschlossen gewesen: bekanntlich war es auch neben der, bei solchen Sachen anwendbaren, in iure cessio statthaft. Gai. II, 59; III, 201; Isidor. orig. V, 25, 23.

Da er jedoch, wenigstens in classischer Zeit[76]), den durch die fiducirte Sache gemachten Erwerb auf seine Forderung abrechnen mußte, so hatte die thatsächliche Möglichkeit, als Besitzer der Sache solchen Erwerb zu machen, für ihn nur dann Interesse, wenn der Werth der Sache selbst seine Forderung nicht ausreichend deckte. Anderseits konnte ihm die Aufbewahrung, Pflege, Bewirthschaftung des Pfandes lästig sein, und das um so mehr, je eher er im gegebenen Falle dessen Einlösung zu erwarten hatte. Umgekehrt lag recht häufig dem Pfandgeber daran, die Benutzung des Pfandes zu behalten, vorzugsweis, wenn dieses in einem Grundstücke bestand, das ihm Wohnung oder Gelegenheit zur Verwerthung seiner Arbeitskraft gewährte[77]). So ist es begreiflich, daß der Gläubiger sich nicht selten bereit fand, die körperliche Innehabung und die Nutzbarmachung der Fiducia dem Pfandgeber zu überlassen.

Begreiflicherweise fand diese Gebrauchsüberlassung nicht leicht so statt, daß der Pfandgeber den Besitz der durch mancipatio oder in iure cessio dem Gläubiger übereigneten Sache einfach zurückbehielt. Denn alsdann würde der Gläubiger die Herausgabe der Sache auf gerichtlichem Wege nur mittels der rei vindicatio haben durchsetzen können; und obendrein wäre er der Gefahr ausgesetzt gewesen, daß der Pfandgeber das Eigenthum der Sache durch usureceptio zurückgewonnen hätte[77a]). Deshalb wurde die Gebrauchsüberlassung der Fiducia wohl regelmäßig durch besondern Vertrag vereinbart, der den Gläubiger gegen beide Nachtheile sicherte.

76) Paul. II, 13, 2; l. 22 pr. §. 2 D. de pign. act. 13, 7. (Ulp. lib. 30. ad ed.); wohl auch l. 3 Cod. de pign. act. 4, 24 (Alex.). S. dazu Dertmann, die Fiducia S. 50f.

77) Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Bd. I S. 17f.

77a) v. Ihering a. a. O. S. 397f.

Das Commodat wäre als Form hierfür nur bei solchen Sachen anwendbar gewesen, die natürliche Früchte nicht ertragen, denn auf deren Erwerb erstreckt es sich nicht. Immerhin jedoch hätte es hier zwar dem Interesse des Pfandgebers in gleicher Weise dienen können, wie die locatio conductio; allein während es wie diese den Gläubiger verpflichtete, dem Pfandgeber die Sache für den vertragsmäßig ihm eingeräumten Gebrauch zu belassen, gewährte es ihm dafür eine Vergütung nicht: demnach wird er sich gewiß kaum je dazu verstanden haben[77b]). In der That finden wir es in dieser Anwendung in den Quellen nicht erwähnt.

Die locatio conductio der fiducia wird vorzugsweise bei einer verzinslichen Schuld des Pfandgebers vorgekommen sein. Die merces wurde hier wohl mindestens auf den Zinsbetrag festgesetzt, unter Umständen auch höher, nämlich wenn der Mehrbetrag als Tilgungsrente für die Capitalschuld dienen sollte. Der als merces gezahlte Betrag wurde auf die Schuldzinsen und im zweiten Falle mit dem Ueberschusse über diese auf das Capital selbst aufgerechnet, war also nur nominell merces. War die Schuld des Pfandgebers unverzinslich, so empfahl sich die locatio conductio der Fiducia nur dann, wenn die merces als Tilgungsrente dienen sollte[78]).

Wo dies nicht beliebt wurde, da stellte sich bei einer unverzinslichen Schuld des Pfandgebers als die geeignete

77b) Uebrigens ist wohl kaum zu bezweifeln, daß da, wo die Fiducia dem Pfandgeber als Commodat gelassen wurde, die usureceptio ex fiducia ausgeschlossen blieb. Wenn Gai. II, 60 hiervon nichts erwähnt, so ist das nur ein Beweis für die Ungebräuchlichkeit dieser Ueberlassungsform.

78) Erwähnt ist die locatio conductio der Fiducia, jedoch ohne Angabe der besondern Beschaffenheit des Verhältnisses, Gai. II, 60 und in der ursprünglichen Fassung der l. 22 §. 3 D. de pign. act. 13, 7 (Ulp. lib. 30. ad ed.).

Form, ihm die Fiducia zu überlassen, das Precarium dar. Aber auch bei einer verzinslichen Pfandschuld war es mitunter zweckmäßig. So vor allem, wo nicht der Schuldner selbst der Pfandgeber war, sondern ein Dritter, dieser jedoch für die Verzinsung und eine etwa vereinbarte allmähliche Tilgung der Forderung nicht aufkam. Ferner da, wo der Gläubiger Grund hatte, sich die Möglichkeit einer thatsächlichen Verfügung über die Fiducia für jeden Augenblick zu sichern, also z. B. wo die Verhältnisse des Schuldners jähen Vermögensverfall oder Auswanderung, und infolge davon Verschlechterung oder Verschleppung der Fiducia besorgen ließen[78a]).

Vorzugsweis vermuthlich in Fällen der letzten Art wurde die conductio der Fiducia mit dem Precarium verbunden, welches, wie wir wissen, in dieser Verbindung nur die Detention gewährte.

Es liegt auf der Hand, daß beim Precarium einer Fiducia, einerlei, ob dieselbe dem Precaristen juristischen Besitz gab oder die bloße Detention, in erster Reihe nicht die Rückgabe der Sache erwartet, vielmehr darauf gerechnet wurde, daß die Pfandschuld auf andere Weise getilgt werde, als mittels Verfalls[79]) oder pfandmäßiger Veräußerung der Fiducia, dieselbe also dem Precaristen endgültig verbleibe. Dieser Verbleib wurde alsdann, sofern das nicht durch Remancipation der Fiducia seitens des befriedigten Gläubigers geschehen war, durch usureceptio ex fiducia gesichert[80]).

78a) Nach v. Jhering a. a. O. S. 398 wäre die locatio conductio angebracht gewesen, wenn das Capital auf längere Zeit geliehen ward, und periodische Zinszahlungen verabredet waren; das Precarium dagegen, wenn die Anleihe auf kürzere Zeit gemacht, und Capital und Zinsen erst am Verfalltage entrichtet werden sollten.

79) Vgl. darüber Oertmann a. a. O. S. 206 f. cf. l. 3 D. de lege comm. 18, 3 (Ulp. lib. 30. ad ed.).

80) Gai. II, 60.

Das Precarium der Fiducia erwähnen Gai. II, 60 und Interpretatio ad Paul. V, 6, 7; es bezog sich darauf vermuthlich Isidor. Orig. V, 23, 17, und in ihrer ursprünglichen Fassung redeten höchst wahrscheinlich davon l. 16 D. de O. et A. 44, 7, l. 18 h. t. (beide aus Julian. lib. 13. Dig.); l. 11 D. h. t. (Celsus lib. 7. Dig.)[81]; l. 22 §. 3 D. de pign. act. 13, 7 (Ulp. lib. 30. ad ed.); vielleicht auch l. 2 Cod. de distr. pign. 8, 27 (Alex.)[82].

2. Das Precarium beim Pignus.

Das Faustpfand bildete nach zahlreichen Stellen der justinianischen Compilation, welche in dieser Beziehung zur Annahme einer Interpolation keinen Anlaß bieten, den Gegenstand sowohl der conductio[83] als des Precarium und der Verbindung beider. Vom Precarium in solcher Anwendung handeln l. 6 §. 4 h. t.; l. 15 §. 2 D. qui satisd. 2, 8; l. 29, l. 35 §. 1 D. de pign. act. 13, 7; l. 32 §. 5 D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 36 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3[84]; und die letzte Stelle spricht zugleich von der Verbindung des Precarium und der conductio beim Faustpfande.

Selbstverständlich ist das precarium pignoris nur ein precarium possessionis[84a]; und da, wo es neben einer conductio steht, gewährt es nur die Detention.

81) L. 11 cit. fehlt in der Zusammenstellung der interpolirten Stellen bei Oertmann a. a. O. §§. 4f.

82) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 51 unter 2.

83) L. 35 §. 1; l. 37 D. de pign. act. 13, 7; l. 37 D. de a. p. 41, 2; l. 33 §. 6 D. de usurp. 41, 3. — L. 22 §. 3 D. de pign. act. 13, 7 bezog sich ursprünglich wahrscheinlich auf die Fiducia (s. oben den Text vor N. 82).

84) Dagegen sprechen l. 11 D. h. t., l. 22 §. 3 D. de pign. act. 13, 7 und l. 2 Cod. de distr. pign. 8, 27 wahrscheinlich ursprünglich vom precarium fiduciae (s. oben den Text vor N. 82).

84a) Vermuthlich hat dieser im gleichen Zusammenhange im Archiv S. 259 zu N. 82 gebrauchte Ausdruck Dücker, Beiträge

Unverkennbar hat es etwas Auffallendes, daß der Faustpfandgläubiger Innehabung und vollends Besitz an den Pfandgeber zurückübertrügt. Denn ein Faustpfand im Gegensatze zur Hypothek läßt sich der Gläubiger gemeinrechtlich[85]) regelmäßig nur da bestellen, wo er sich durch das dingliche Pfandrecht allein nicht für ausreichend gesichert hält, vielmehr die eigne Innehabung des Pfandes für erforderlich erachtet. Wo demnach ein Faustpfand bereits bestellt worden ist, da wird der Gläubiger nur unter ganz besonderen Umständen sich bewogen fühlen, die verpfändete Sache wieder in die Hände des Pfandgebers zu geben. Wenn also Ulpian das precarium pignoris für etwas ganz Alltägliches erklärt[86]), so läßt sich das nur davon verstehen, daß die precaristische Ueberlassung des Faustpfandes an den Pfandgeber bei dem Abschlusse des Pfandvertrages von vornherein vereinbart zu werden pflegte. Dies war da am Platze, wo einerseits der Pfandgeber die fortdauernde Benutzung des Pfandes nicht gern entbehrte, oder umgekehrt der Gläubiger die Last thatsächlicher Besitzübernahme scheute, anderseits aber ihm immerhin so gut als thunlich der Vortheil des Besitzes gewährt werden sollte. Zwar kann auch kraft der bloßen Hypothek der Gläubiger mittels der hypothecaria in rem actio bereits vor der Fälligkeit der Pfandschuld vom Besitzer die Herausgabe des Pfandes dann verlangen, wenn dessen Verbleiben in der Hand des Besitzers seine Sicherheit gefährdet[87]); aber die Wirksam-

S. 25 zu N. 17 zu dem argen Mißverständnisse veranlaßt, daß ich dem Eigenthümer, der die von ihm zu Faustpfand gegebene Sache precario zurückerhalte, stets nur Detention zuschreibe.

85) Anders, wo bewegliche Sachen nur durch Besitzübertragung verpfändet werden können.

86) L. 6 §. 4 h. t. (s. oben S. 232).

87) L. 14 pr. D. de pign. 20, 1 und dazu Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 298f.

keit jener Klage setzt den Nachweis einer derartigen Gefährdung voraus, und ein solcher ist oft schwer genug und kann schon wegen der damit verbundenen Verzögerung der Entscheidung den Zweck der Klage leicht vereiteln. Dieser Beweis wird dem Gläubiger erspart, wenn er das Pfand dem Verpfänder precario gelassen hat: hier genügt der einfache Beweis des Precarium, jederzeit die Herausgabe zu erzwingen. Das auf diese Weise begründete Verhältniß ist also seiner thatsächlichen Wirkung nach nicht sowohl ein abgeschwächtes Faustpfand, als vielmehr eine vortheilhaftere Art der Hypothek[88]).

Auch hier leuchtet es ohne weiteres ein, daß nach der principalen Erwartung der Parteien der Precarist endgültig den Besitz behalten soll, so zwar, daß derselbe nach Tilgung der Pfandschuld von selbst aufhört, ein bloß precärer zu sein.[89]).

Für diese Anwendung des Precarium bot sich, wenn ich nicht irre, bei der Verpfändung eines Sklaven nach Lage der Verhältnisse noch ein eigenthümlicher Grund. Begreiflicherweise suchte man zu vermeiden, daß der Erwerb durch den Sklaven infolge der Verpfändung desselben beeinträchtigt werde. Nun aber wurde dieser Erwerb unvermeidlich beeinträchtigt, wenn ein Andrer als der Eigenthümer Besitzer des Sklaven war, insofern der Sklave alsdann den Besitz und das vom Besitzerwerbe

88) Dernburg a. a. O. Bd. 2 §. 90 S. 77 f. — Dücker a. a. O. S. 42 f. findet in dieser Anwendung des Precarium, die er namentlich bei den invecta et illata der in Rom zur Miethe wohnenden Peregrinen annimmt, den geschichtlichen Ausgangspunct unsers Institutes, dessen Construction er S. 45 für unmöglich erklärt. M. E. hätte das Precarium in dieser Anwendung den Miether auf Gnade und Ungnade in die Hand des Vermiethers gegeben.

89) Dies bekundet l. 11 h. t. kraft des ihr in der Compilation gegebenen Sinnes. S. oben Ziffer 3 S. 244.

abhängige Eigenthum weder seinem Eigenthümer erwarb, noch seinem Besitzer[90]). Kam es also darauf an, dem Gläubiger den Besitz des Sklaven zu gewähren, so wählte man zwecks der Pfandgebung die Form der Fiducia; dann machte der Gläubiger jenen Erwerb, mußte denselben jedoch auf seine Forderung abrechnen. Wollte umgekehrt der Gläubiger dem Pfandgeber den Besitz des Sklaven belassen, so würde der bezeichnete Erwerb durch den Sklaven gesperrt gewesen sein, wenn der Gläubiger das fiduciarische Eigenthum, der Pfandgeber aber den precaristischen Besitz erhalten hätte. Deshalb wählte man hier die Form des Faustpfandes, bei welcher der verpfändende Eigenthümer precario den Besitz des Sklaven zurückerhielt. Denn obgleich sonst der Precarist durch den von ihm besessenen Sklaven nichts erwarb[91]), galt doch ohne Zweifel etwas Anderes, wenn der Precarist zugleich der Eigenthümer des Sklaven war[92]).

3. Das Precarium beim Kaufe.

Dem Verkäufer liegt manchmal nichts daran, die Waare bis zur völligen Berichtigung des Kaufpreises zu behalten; es ist ihm vielleicht sogar lästig, sie bis dahin aufbewahren zu müssen: indessen ist er keineswegs geneigt, die Sicherheit

90) L. 1 §§. 6 und 15 D. de a. p. 41, 2; l. 37 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

91) L. 22 D. de a. r. d. 41, 1: (Ulp. lib. 40. ad Sab.) Nemo servum vi possidens aut clam aut precario per hunc stipulantem vel rem accipientem (ursprünglich: mancipio accipientem) potest adquirere. Salkowski, zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 138 zu N. 60 und S. 145.

92) Vielleicht liegt ein argumentum a contrario hierfür in dem Ausdrucke der l. 1 §. 15 D. de a. p. 41, 2 cit.: Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos (adquiri nobis *scr.* M.) possessionem. Vgl. auch l. 6 pr. D. pro empt. 41, 4 vbb. mit l. 36 D. de a. p. 41, 2.

fahren zu lassen, welche ihm das fortdauernde Eigenthum der Waare gewährt; und umgekehrt hat begreiflicherweise der Käufer den Wunsch, schon jetzt wenigstens die thatsächliche Verfügung über die Waare hinsichtlich der Benutzung und Fruchtgewinnung zu erlangen. Hier lassen sich die Absichten beider Parteien dadurch erzielen, daß der Käufer bis zur Berichtigung des Kaufpreises die Waare entweder als conductor[93]) oder als Precarist übernimmt. Das letztere Verhältniß behandeln l. 20 D. h. t.; l. 13 §. 21 D. de A. E. 19, 1; l. 38 pr. D. de damno inf. 39, 2; l. 11 §. 12 D. quod vi 43, 24 und l. 3 Cod. de pact. i. e. et v. 4, 54. Auch bei ihm erhält der Verkäufer insofern eine Vergütung für die Gebrauchsüberlassung der Waare, als der Käufer verpflichtet ist, vom Augenblicke ihrer precaristischen Uebergabe den Kaufpreis zu verzinsen[94]). Auch hier haben wir also ein Precarium, welches nicht unentgeltlich gewährt wird[95]). Die einfache locatio conductio wird da vorgezogen werden, wo der Verkäufer keinen Anlaß findet, dem Käufer einen rechtlichen Anspruch auf den Gebrauch der Sache für bestimmte Zeit zu versagen. Wo er dagegen Verschleppung oder Verschlechterung der Sache befürchtet, da ist das Precarium der geeignete Weg. Findet der Verkäufer in der üblichen Verzinsung des Preises keinen ausreichenden Ersatz für die Gefährdung der Preisforderung, welcher er sich durch die thatsächliche Uebergabe der Sache an den Käufer aussetzt, so empfiehlt es sich, in einer jenen Zinssatz übersteigenden merces dafür eine Assecuranzprämie auszubedingen. Und auch da wird eine solche Verbindung von merces und precarium zweckmäßig sein, wo der Kaufpreis allmählich abgetragen werden soll.

93) L. 17 (16) D. de per. et comm. 18, 6; l. 21 D. loc. 19, 2; l. 11 §. 12 i. f. D. quod vi 43, 24.

94) L. 13 §§. 20 sq. D. de A. E. 19, 1.

95) S. oben Ziffer 1 S. 211 f.

Wie mit der völligen Tilgung des Kaufpreises oder mit dem Verzuge des Verkäufers hinsichtlich der Annahme desselben die Pflicht des Käufers aufhört, für die Zukunft die bedungene merces zu zahlen[96]), so verwandelt sich damit der precaristische Besitz des Käufers ohne weiteres in possessio pro emptore; er erlangt jetzt also nach den Umständen das Eigenthum oder den Usucapionsbesitz der Sache. Auf keinen Fall darf ihm der Verkäufer sie noch abvindiciren[97]).

In seiner Anwendung beim Kaufe und beim Pfandverhältniß wird ganz naturgemäß das Precarium für die Frist bewilligt, innerhalb deren der Concedent Berichtigung des Kaufpreises oder Tilgung der Pfandforderung erwartet. Allein selbst dann, wenn gleichzeitig mit Eingehung des Kaufvertrages oder der Pfandvereinbarung die precarii concessio ihm zugesagt worden ist, hat der Käufer oder der Pfandgeber keinen rechtlichen Anspruch, folglich auch kein gutes Recht auf den Besitz, wie v. Ihering[97a]) meint. Es fehlt an jedem Mittel, dieses vermeintliche Recht geltend zu machen; durchaus unerweislich ist es, daß während der Frist der Widerruf ausgeschlossen blieb[97b]); in der That würde die Unzulässigkeit des Widerrufs innerhalb der Frist die durch die Sache bezweckte Sicherung des Verkäufers und des Pfandgläubigers recht bedenklich gefährden. Davon, daß bei beliebiger Widerruflichkeit des Precarium beim

96) L. 21 D. loc. 19, 2: (Javolen. lib. 11. epist.) Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet; an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

97) L. 20 h. t. cit. (oben S. 245).

97a) Besitzwille S. 405.

97b) S. oben Ziffer 3 S. 246 f.

Kaufe „Handel und Wandel gar nicht hätten bestehen können[97c])“, dürfte doch höchstens dann die Rede sein, wenn bei allen Käufen mit befristeter Preiszahlung die Waare zunächst precario gegeben würde, insbesondere auch bei solchen, die zwecks weitern Umsatzes der Waare geschehen. Und vollends ist kein sachlicher Grund erfindlich, dem befristeten Precarium beim Pfandverhältnisse die Widerruflichkeit innerhalb der Frist abzusprechen. „Unmöglich,“ sagt freilich v. Ihering, „konnte der Eigenthümer, dem der Pfandgläubiger[97d]) den Besitz vertragsmäßig bis zum Verfalltage gelassen hatte, schlechter gestellt sein, als der Käufer, dem das Eigenthum zur Zeit noch vorenthalten werden sollte.“ Ich zweifele indessen kaum, daß der geistvolle Gelehrte selbst diese Begründung bei wiederholter Erwägung als abstracte Begriffsjurisprudenz verworfen haben würde; und von dem mindestens bedenklichen Obersatze ganz abgesehen, verliert sie jedenfalls alle Beweiskraft, sobald wir ihren Untersatz, die Unwiderruflichkeit des befristeten Precarium beim Kaufe, für irrig halten.

Auch in der Anwendung des Precarium beim Kaufe ist es keineswegs der von den Parteien beabsichtigte Erfolg, daß die Sache an den precario dans zurückgelange. Vielmehr würde der Verkäufer da, wo jener Erfolg nur einigermaßen wahrscheinlich sein sollte, schwerlich ein Precarium eingehen: die Rückgabe ist lediglich als unwillkommene Möglichkeit vorbehalten. Ihr Vorbehalt gewährt dem Verkäufer diejenige Sicherung, welche ein dingliches Recht vor einem bloßen Forderungsrechte bietet. Diese Sicherung ließ sich jedenfalls in classischer Zeit bei res nec

97c) v. Ihering a. a. O. S. 406.

97d) Bei v. Ihering, a. a. O. S. 406 Abs. 2 ist versehentlich „Verpfänder“ gesetzt. wie S. 700 unten umgekehrt „Pfandgläubiger“ statt „Pfandgeber“.

mancipi nicht wohl auf anderm Wege gewinnen, namentlich nicht dadurch, daß das Kaufgeschäft an die Resolutivbedingung der Preiszahlung geknüpft, einstweilen aber die Waare in das Eigenthum des Käufers übertragen wurde. Denn nach der richtigen Ansicht bewirkte der Eintritt der Resolutivbedingung nur die Auflösung der obligatio empti venditi; der Käufer wurde dadurch zur Rückübertragung des empfangenen Eigenthums an den Verkäufer verpflichtet, von selbst aber lebte das Eigenthum des letztern nicht wieder auf Die hierin liegende Bedeutung der precaria traditio beim Kaufe heben die Quellen nachdrücklich hervor.

L. 20 D. h. t. (s. oben S. 245).

L. 3 Cod. de pact. i. e. et v. 4, 54:

Alexander Felici militi. Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem[98]) tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Bei res mancipi ließ sich ein ähnlicher Erfolg dadurch erreichen, daß die Waare auf Grund eines durch das Ausbleiben der Preiszahlung resolutiv bedingten Kaufes vom quiritarischen Eigenthümer einfach tradirt wurde; mit dem Hinfälligwerden der obligatio empti bei Eintritt der Resolutivbedingung fiel von selbst und nothwendig die exceptio rei venditae et traditae hin, durch welche pendente condicione die ipso iure immer fortdauernde rei vindicatio des Verkäufers gehemmt gewesen war: diese Klage wurde also auch gegenüber dem Käufer wieder voll

98) Unter dieser Bezeichnung ist die Innehabung auf Grund einer conductio wohl mitbegriffen. L. 2 Cod. de praescr. 30 v. 40 ann. 7, 39; l. 33 Cod. de loc. 4, 65; l. 10 Cod. unde vi 8, 4. cf. l. 2 Cod. de distr. pign. 8, 27. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 56 N. 18 *).

wirksam. Indessen konnte sie nur solange wieder wirksam werden, als nicht die Sache vom Käufer oder dessen Rechtsnachfolger bereits usucapirt, und infolge davon das quiritarische Eigenthum des Verkäufers endgültig vernichtet worden war. Eben deshalb war der geschilderte Weg des Eigenthumsvorbehaltes nur dann anwendbar, wenn die Frist für die Preiszahlung, deren Ausbleiben die Kaufobligation auflösen sollte, kürzer bemessen wurde, als die Usucapionsfrist[99]).

4. Das Precarium als Seitenstück der widerruflichen Schenkung[99a]).

In den Quellen erscheint das Precarium weitaus am häufigsten ohne Verbindung mit einem der besprochenen Vertragsverhältnisse. Und hier, also in seiner gewöhnlichsten Anwendung, hat es eine ganz unverkennbare Aehnlichkeit mit der widerruflichen Schenkung einer Sache oder einer Gerechtsame. Sein Unterschied von dieser liegt, wie wir bereits gesehen haben[100]), darin, daß die Schenkung das verschenkte Recht als solches auf den Empfänger überträgt, während das Precarium ihm nur die thatsächliche Nutzung der Sache oder der Gerechtsame gewährt. An der precario gegebenen Sache behält also der precario dans das Eigenthum, den Usucapionsbesitz oder das eigenthumsähnliche Recht, das ihm bisher daran etwa zugestanden hat; die precaristische Einräumung einer Gerechtsame belastet die Sache, an der sie stattfindet, nicht mit einem dinglichen Rechte. Und gerade darin bestand

99) Vgl. Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung §. 8.

99a) Vgl. v. Ihering, der Besitzwille S. 413 ff., wo diese Anwendung als „liberale Function des Precarium" den bisher besprochenen Anwendungsfällen und dem unten unter 5 besprochenen als der „geschäftlichen" Function gegenüber gestellt ist.

100) S. oben Ziffer 1 S. 206 f.

in classischer Zeit die praktische Bedeutung des Precarium: der Schenkgeber, der sich den Widerruf als Resolutivbedingung der Schenkung vorbehalten hatte, war, abgesehen von dem vorhin besprochenen Falle der bloßen Tradition einer res mancipi ex causa donationis, auf eine rein persönliche Klage gegen den Schenknehmer beschränkt, mit der er erst die Rückübertragung des verschenkten Rechtes oder die Aufhebung der schenkungsweis eingeräumten Gerechtsame fordern mußte. Wer also in einem solchen rein obligatorischen Anspruche keine genügende Sicherung für die Wirksamkeit des etwa beliebten Widerrufs erblickte, immerhin aber bereit war, einem Dritten die thatsächliche Nutzung der Sache oder Gerechtsame ohne Begrenzung durch Zweck und Zeit zu gestatten, der zog der Schenkung die precarii concessio vor.

Keineswegs aber liegt der concessio precarii begriffsmäßig die Absicht des precario dans zugrunde, auf alle Fälle den Gegenstand des Precarium zurückzubekommen, gerade so wenig, wie diese Absicht bei dem einer Schenkung beigefügten Vorbehalte des Widerrufs obwaltet. Und darin beruht der Gegensatz des Precarium zum Commodate: bei letzterm ist die Absicht beider Parteien unerläßlich, daß die commodirte Sache dem Commodanten zurückgegeben werde. Unverkennbar tritt diese Absicht heraus, wo das Commodat auf bestimmte Zeit oder zu einem bestimmten Gebrauche eingegangen worden ist. Allein auch da, wo der Commodant sich den willkürlichen Widerruf ausbedungen hat, ist es von vornherein gewiß, daß, sofern dieser Widerruf nicht schon vorher erfolgt sein sollte, der Commodatar die Sache spätestens dann zurückzugeben verpflichtet ist, wenn ihm die Möglichkeit desjenigen Gebrauches gewährt worden, dessen wegen er das Commodat empfangen hat. Das Precarium dagegen muß stets erst dann zurückgegeben werden, wenn es wider-

rufen ist, gleichviel wie lange es bestanden hat. Lenel[1]) irret, wenn er meint, der zur Ruhe gesetzte Diener, der von seiner Herrschaft den Garten erhält, um ihn bis auf weiteres für sich wirthschaftlich auszunutzen, habe ihn precario. In diesem Falle will der Hingebende unzweifelhaft spätestens mit dem Tode des Dieners den Garten zurückbekommen: es wäre höchst verwunderlich, wenn der Empfänger lediglich des vorbehaltenen Widerrufs halber nur dolus und lata culpa zu prästiren hätte. Aus dem Wesen des Precarium als einer Liberalität läßt sich das Nichteinstehen des Precaristen für Diligenz schlechterdings nicht erklären, wie Lenel[2]) es versucht: auch das Commodat ist eine Liberalität, ja, insofern eine größere als das Precarium, weil, wenigstens regelmäßig, der Commodant seinerseits sich obendrein verpflichtet, dem Commodatar die Möglichkeit eines bestimmten Gebrauches zu gewähren, — und doch haftet der letztere für omnis diligentia. Wenn also l. 8 §. 3 h. t. die Beschränkung der Haftpflicht des Precaristen auf dolus und lata culpa daraus erklärt, cum totum ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit, — so kann das nicht heißen: weil das Precarium eine durch einen modus und finis utendi nicht begrenzte Liberalität ist, — es heißt vielmehr, was schon sprachlich geboten ist: weil es ganz und gar, weil es eine reine Liberalität ist, m. a. W. weil der Empfänger dafür eine Verpflichtung nicht übernimmt. Und wie sollte es sich rechtfertigen, daß lediglich des vorbehaltenen Widerrufs wegen der alte Diener juristischer Besitzer des Gartens würde? Sein Verhältniß zu dem ihm zwecks der wirthschaftlichen Ausnutzung unentgeltlich, aber widerruflich überlassenen Garten ist ein widerrufliches Commodat, dessen Zweck in einem Beitrage zum

1) Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 19 S. 208.
2) A. a. O. S. 209.

Unterhalte des Dieners besteht; damit verbunden ist die Schenkung der vertragsmäßig von ihm gewonnenen Früchte durch deren Eigenthumsübertragung.

Hiernach ergiebt sich das Anwendungsgebiet des Precarium als eines Seitenstücks der widerruflichen Schenkung für das classische Recht ohne Schwierigkeit. Ganz naturgemäß fand das Precarium bei solchen beweglichen Sachen seinen Platz, die derjenige, dem daran rechtlich oder thatsächlich die Verfügung zustand, zur Zeit nicht gebrauchte, und von denen es ungewiß war, ob er sie jemals zu gebrauchen Anlaß haben werde, wie das namentlich bei altem Geräthe und bei ererbten Stücken vorkommt. Solange die Möglichkeit nicht ausgeschlossen war, daß diese Sachen dem gegenwärtigen Inhaber der Verfügungsbefugniß selbst nützlich würden, mochte er sich wohl dazu verstehen, ihren Gebrauch und Genuß ohne Begrenzung durch Zweck oder Frist einem Dritten zu gönnen, nicht aber dazu, einfürallemal seiner eignen Verfügungsbefugniß zu entsagen: er rechnete allerdings nicht auf die Rückgabe, aber im Hinblick auf die Möglichkeit des Bedarfsfalles behielt er sich jene Verfügungsbefugniß an der Sache vor. Die Wirkung dieses Vorbehaltes zeigte sich zu classischer Zeit auch da, wo der precario dans Eigenthum oder ein eigenthumsähnliches Recht an der Sache nicht hatte: war er bis dahin deren Besitzer gewesen, so stand ihm, solange der Precarist sie besaß, gegen diesen das Utrubi zu; und in jedem Falle war er dem Utrubi des Precaristen nicht ausgesetzt, wenn er sich den Besitz eigenmächtig, ja mit Gewalt von diesem abholte. Doch hatte er sich dabei vermuthlich der Waffengewalt zu enthalten.

In ähnlicher Weise kam das Precarium auch bei Grundstücken vor, zwar nicht leicht bei artbaren Aeckern, bewirthschafteten Waldungen, bei größeren Baulichkeiten und vollends nicht bei ganzen Landgütern, — wohl aber bei un-

genutzten, zur Zeit nicht füglich verwerthbaren Bodenstücken, bei Winkeln und kleinen Plätzen, selbst bei Hütten, Ställen, Lagerräumen u. dergl., für welche nach den Umständen augenblicklich keine geeignete Verwendung vorhanden war. Bis auf weiteres konnte es dem Inhaber der thatsächlichen oder rechtlichen Verfügung ganz genehm sein, daß ein Andrer derartige Liegenschaften benutzte, und zwar immerhin unentgeltlich; allein er war durchaus nicht gesonnen, seine Verfügung für immer aufzugeben: falls die sachlichen und persönlichen Verhältnisse sich über kurz oder lang ändern sollten, wollte er jene Verfügung unmittelbar geltend machen können. Eben deshalb behielt er, wenn er bis zur concessio precarii Besitzer des Grundstücks gewesen war, gegen den besitzenden Precaristen das Uti possidetis; und in jedem Falle blieb es ihm unverwehrt, wofern er nur nicht bewaffnete Gewalt gebrauchte, den Precaristen zu dejiciren.

Ganz entsprechend verhielt es sich mit der precaristischen Einräumung einer Gerechtsame. Die gegenwärtige Benutzungsweise eines Grundstücks leidet oft gar nicht darunter, daß es dem Nachbarn gestattet wird, seinerseits sich desselben in bestimmter Art zu bedienen. Bedenklich dagegen war es im classischen Rechte, ihm dazu ein Recht am Grundstücke einzuräumen, selbst dann, wenn er sich zu jederzeitiger Aufhebung dieses Rechtes verpflichten wollte. Zwar nicht darin lag das Bedenken, daß diese Verpflichtung klagweis nur von dem Besteller und dessen Gesammtrechtsnachfolger geltend gemacht werden konnte: denn sie ließ sich ja vor einer beabsichtigten Veräußerung des belasteten Grundstücks immer geltend machen. Allein die Klage ging nur gegen den Erwerber und dessen Gesammtrechtsnachfolger; gegenüber einem Singularsuccessor im herrschenden Grundstücke war sie nicht zulässig. Und selbst da, wo der Widerruf als ungewisser Endtermin gemeint war, hatte er im classischen Rechte keine all-

gemeine Wirkung; die exceptio doli, welche auf Grund der beigefügten Beschränkung neben der exceptio pacti stattfand[3]), war doch höchstens gegen einen Rechtsnachfolger im herrschenden Grundstücke anwendbar.

Handelte es sich um einen nur vorübergehenden Dienst des Grundstücks, so verstand sich dessen Besitzer meist gewiß höchstens zu der persönlichen Verpflichtung, dem Nachbarn jenen Dienst des Grundstücks zu gewähren; vielleicht blieb es bei einem rein thatsächlichen Geschehenlassen. Wo aber der gewünschte Dienst ohne feste zeitliche Begrenzung, jedoch unbeschadet der rechtlichen Freiheit des Grundstücks gewährt werden sollte, da war das precarium servitutis die passende Form.

Und noch dringender geboten war diese Form für den Verzicht auf die Ausübung einer Gerechtsame, die der Berechtigte nicht endgültig aufgeben wollte. Hier nämlich würde die Vereinbarung, daß das erloschene Recht auf Verlangen des Verzichtenden wieder hergestellt werde, sogar eine Einrede gegen die negatoria nur gegenüber dem andern Contrahenten und dessen Gesammtrechtsnachfolger gegeben haben. Auch ein derartiges Precarium erfordert oft ein wirkliches Opfer des precario dans nicht: nicht selten gewährt die Ausübung einer Gerechtsame zur Zeit keinerlei Vortheil.

Der dargelegten, so zu sagen aus unmittelbarer Anschauung hervorgegangenen, Bedeutung des Precarium als eines Gegenstückes der Schenkung steht nun die neue

3) L. 4 pr. D. de servit. 8, 1: (Papinian. lib. 7. quaest.) Servitutes ipso iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia „quamdiu volam“) constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, (per) pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

Auffassung v. Jherings[3a]) entgegen. Nach ihm die „liberale" Function des Precarium hauptsächli zwei eigenthümlichen Verhältnissen statt.

Einerseits soll das Precarium gegenüber emancipirten Sohne eine ähnliche Bedeutung gehabt wie sie dem Peculium gegenüber einem Hausson kam. Mittels des Precarium habe der Vater den cipirten Sohn fortdauernd in rechtlicher Abhäng gehalten; „für den gut gearteten, wohl gerathenen für den richtigen Sohn" habe „diese Abhängigkeit Drückendes, Beunruhigendes" gehabt. Sollte hierb geistvolle Gelehrte nicht die peinliche Unsicherhei Rechtsstellung unterschätzt haben, worin der Emanc sich befinden mußte, wenn ihm seine Ausstattung precario gegeben war? Mochte er immerhin den V ruf des Vaters nicht zu befürchten haben, so hätte e sofern nicht der Vater das precario Gewährte ihm letzten Willen endgültig zuwandte, oder er des V einziger Erbe wurde, das, was er bisher, obschon precario, allein besessen hatte, im günstigsten Fall anderen Erben theilen müssen: und das hätte für wirthschaftliche Lage leicht verhängnißvoll werden kö Das gleiche Bedenken gilt hinsichtlich einer weitern muthung v. Jherings, wonach auch andere Verw das Precarium benutzt haben sollen, um ihren kün Intestaterben einen Theil ihres demnächstigen Erb einstweilen einzuräumen. In der That fehlt selb leiseste Andeutung der Quellen für eine derartige wendung unsers Institutes; und wenn v. Jhe den Mangel eines Zeugnisses durch die Frage zu e glaubt: was denn der Kritiker an Stelle des Vate dem gedachten Falle gethan haben würde, — so h m. E. die nahe liegende Antwort übersehen: er

3a) A. a. O. S. 415 ff.

den Sohn, den er vermögensrechtlich nicht selbständig werden lassen wollte, eben nicht emancipirt haben[3aa]).

Eine zweite Hauptanwendung des „liberalen" Precarium erblickt v. Ihering in der Zuwendung einer freien Wohnung seitens des Patrons an Freigelassene; und diese Anwendung, meint er, sei für die Theorie des Precarium deshalb von Interesse, weil sie einen Fall des in possessione esse des Precaristen darbiete. Einen Hinweis auf diese Anwendung findet er in l. 27 D. de don. 39, 5[3b]), deren Sinn er eben dahin versteht, daß im gegebenen Falle ein Precarium nicht vorliege. M. E. untersucht jene Stelle gar nicht, ob die unentgeltliche Einräumung der Wohnung in diesem Falle ein Precarium sei, sondern ob sie eine Schenkung sei[3c]). Beweiset also l. 27 cit. für v. Iherings Ansicht nicht das Allergeringste, so steht dieser Ansicht l. 15 §. 1 h. t.[3d]) geradezu entgegen, indem sie mit dürren Worten erklärt, diejenigen, welche eine unentgeltliche Wohnung erhalten, gelten nicht als precario habentes. Da anderseits die precaristische Einräumung des ius habitationis anerkannt wird[3e]), so kann l. 15 §. 1 h. t. nur das Precarium der zur Wohnung gewährten Räume selbst leugnen. Sofern also nicht die Ausübung des Wohnrechtes precario zugewandt wird, begründet die unentgeltliche Aufnahme in eine Wohnung nicht einmal ein Precarium des in possessione esse.

So richtig es übrigens ist, daß das Precarium gerade wie die Schenkung vorzugsweis unter Personen vorkommt, welche durch verwandtschaftliche oder ähnliche Verhältnisse verbunden sind, so wenig tragen im einzelnen v. Iherings

---

3aa) Vgl. auch Kuntze, zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf v. Ihering. S. 64 f.

3b) S. oben S. 198.

3c) S. oben §. 1848 b Ziffer 2 a. E. N. 19 S. 198.

3d) S. oben S. 204.

3e) L. 2 Cod. h. t. S. oben S. 241 und Ziffer 1 S. 205.

Ausführungen zur Veranschaulichung des liberalen Precarium etwas bei.

Als Seitenstück der Sachschenkung hat das Precarium eine bemerkenswerthe Besonderheit.

Wer eine Sache verschenkt, der will sich ihrer zugunsten des Schenknehmers dauernd entäußern. Mit der Erklärung des hier auf gerichteten Willens ist allerdings die Beifügung einer Resolutivbedingung und eines ungewissen Endtermines wie überhaupt, so namentlich auch in der Form eines vorbehaltenen Widerrufs recht wohl vereinbar: der eintretende Widerruf soll die Wirkung des Schenkungswillens rückgängig machen; und das kann nicht nur nach Art der Resolutivbedingung ex tunc geschehen, sondern auch ex nunc, nach Art des ungewissen Endtermins. Dagegen ist es eine Umgestaltung des Schenkungswillens selbst, wenn die Schenkung von vornherein auf eine, absolut oder relativ, bestimmte Frist beschränkt wird: auch da, wo eine derartige Zuwendung den Empfänger formell zum Eigenthümer der Sache macht, ist sie, wirthschaftlich betrachtet, nur Gewährung der Nutzung und der Fruchtziehung während der Frist, nicht aber Schenkung der Sache selbst[4]). Dementsprechend war bekanntlich im classischen Rechte eine Schenkung auf Zeit keine iusta causa der Eigenthumstradition[5]).

---

4) Vgl. l. 18 §. 1 D. de donat. 39, 5: (Ulp. lib 71. ad ed. vermuthlich aus dem Zusammenhange der Lehre vom Precarium. Vgl. Lenel, paling. vol. II col. 842 nr. 1606.) Denique refert (scil. Pomponius) Aristonem putare, si servum tibi tradidero (mancipavero Ulp. Lenel) ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium (fiduciae *inseruit* Ulp. Lenel) agi, quia donatio aliqua inesse videtur etc.: also keine Schenkung des Sklaven als solchen!

5) Vat. fragm. §. 283.

Unterscheidet sich nun das Sachprecarium unter allen Umständen von der Sachschenkung dadurch, daß es formell nicht mehr gewährt, als Nutzung und Fruchtziehung, so ist es, wenigstens vom Standpuncte der classischen Zeit, wirthschaftlich solcher Schenkung nur dann vergleichbar, wenn jener Vortheil nicht von vornherein zeitlich beschränkt ist. M. a. W. in seiner Anwendung als Seitenstück der Sachschenkung verträgt das Precarium einen bestimmten Endtermin nicht.

Anders verhält es sich mit der Befristung des Precarium in seinen drei vorhin besprochenen Anwendungsfällen. Wo der Fiduciar und der Faustpfandgläubiger die Befriedigung ihrer Pfandforderung, oder der Verkäufer diejenige seiner Preisforderung in bestimmter Frist erwartet, da wird er, wenn er dem Schuldner das Pfand oder die Waare precario überläßt, dies völlig im Einklange mit dem Zwecke des Geschäftes eben nur auf die Dauer jener Frist thun, — nicht etwa, weil er nach deren Ablauf unbedingt die Rückgabe der Sache wollte, sondern umgekehrt in der Erwartung, daß sich infolge seiner Befriedigung während der Frist das precario habere des Schuldners in ein endgültiges Behalten umwandeln werde.

Windscheid begeht mithin eine reine petitio principii, wenn er[6]) aus dem Umstande, daß l. 4 §. 4, l. 5 und l. 6 pr. h. t. ohne nähere Bezeichnung der besonderen Anwendungsfälle eine Befristung beim Precarium erwähnen, die Folgerung zieht, sie sei allgemein zulässig. Wenn der precario dans unter allen Umständen die precario gegebene Sache wieder haben will, so liegt eben ein Precarium überhaupt nicht vor.

Es ist nun ein höchst ansprechender Gedanke, daß das schenkungsähnliche Precarium seine Entstehung der

6) Lehrbuch Bd. 2 §. 376 N. 2 a. E.

Zeit verdanke, in welcher gemäß der lex Cincia und ihrer Ausdehnung durch das Edict[7]) Schenkungen des Eigenthums verboten waren[8]). Und zwar ließe sich die Anwendung des Precarium auf dem durch jene Vorschriften gegebenen Boden zweifach denken. Entweder so, daß man die hinsichtlich einer Sache beabsichtigte unentgeltliche Zuwendung, welche als Schenkung ausgeführt wider das Gesetz verstoßen haben würde, um diesen Verstoß zu vermeiden nur als Precarium ausführte, m. a. W. daß man nicht das Eigenthum übertrug, sondern nur den Besitz. Oder so, daß der Prätor zwecks Rückforderung einer Sache, die auf Grund einer nach der lex Cincia verbotenen Schenkung unwirksam veräußert war, zur Auswahl neben der Eigenthumsklage das an leichtere Voraussetzungen geknüpfte interdictum de precario gegeben, m. a. W. eine der lex Cincia unterliegende Schenkung des Eigenthums ohne weiteres als Precarium behandelt habe.

Indessen dürfte der angeregte Gedanke in keiner beider Gestalten Zustimmung verdienen.

Bekanntlich war die lex Cincia eine lex imperfecta: das ihr zuwider vorgenommene Rechtsübertragungsgeschäft übertrug trotz ihrem Verbote das Recht, welches es übertragen sollte, also namentlich das Eigenthum; und die Verbotswidrigkeit der die causa des Geschäftes bildenden Schenkung hatte nur die Wirkung, daß der Schenkgeber einerseits durch keinen Rechtsbehelf genöthigt werden konnte, das an dem beabsichtigten Erfolge der Schenkung etwa noch Fehlende zu ergänzen, und anderseits durch

---

7) Vat. fragm. §. 310 und dazu Karlowa, der römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen S. 350f.

8) Scialoja il possesso del precarista p. 226 n. 1, der sich übrigens über die Art der Anwendung des Precarium in diesem Zusammenhange nicht äußert.

die Berufung des Schenknehmers auf jene Absicht nicht gehindert wurde, die ihm etwa noch verbliebene Rechtszuständigkeit geltend zu machen. War dagegen seine, wenngleich gesetzwidrige, Schenkungsabsicht so vollständig zur Ausführung gelangt, daß an dem bezweckten Erfolge nichts mehr fehlte, und dem Schenkgeber seinerseits keinerlei Rechtsbehelf am Gegenstande der Schenkung mehr zustand, so war eben die vollzogene Schenkung unanfechtbar gültig. Es bedurfte also keines besondern Weges, die lex Cincia zu umgehen; vielmehr genügte es durchaus, daß man ihre Anwendung durch Perfection der Schenkung in dem beschriebenen Sinne auszuschließen vermochte. Auch würde in der That der Weg des Precarium ganz und gar nicht dazu gedient haben, die wahre Absicht der Parteien sicherer durchzuführen, als es mittels einer gesetzwidrigen Schenkung möglich gewesen wäre. Denn schon vor der Aufstellung des interdictum de precario war es ja dem Eigenthümer unbenommen, die von ihm precario gegebene Sache mittels der rei vindicatio an sich zu ziehen, geradeso wie es der Schenkgeber mit der ungeachtet der Schenkung in seinem Eigenthume verbliebenen Sache hätte thun können; und vollends nach der Aufstellung unseres Interdictes war das Precarium weit anfechtbarer, als eine unvollendete Eigenthumsschenkung gemäß der lex Cincia. Umgekehrt aber gewährte das Precarium dem Empfänger ungleich viel weniger, als eine gegen die lex Cincia verstoßende Tradition; denn diese gab ihm an res mancipi wenigstens ein in bonis, welches sich durch Usucapion zum vollen quiritarischen Eigenthume gestalten konnte, an res nec mancipi aber sogar das volle Eigenthum, während ihm der Schenkgeber kraft einer Besitzklage den Besitz von Grundstücken überhaupt nicht mehr zu entziehen vermochte, und an beweglichen Sachen immerhin höchstens im ersten Halbjahre nach der Tradition. Hiernach erscheint es aus-

geschlossen, daß das Precarium gewissermaßen als Ersatz für eine verbotene Eigenthumsschenkung benutzt worden sei.

Ebenso wenig darf es als Grund für die Aufstellung des interdictum de precario gelten, daß in ihm eine bequemere Form für die Anfechtung einer verbotenen Schenkung habe geschaffen werden sollen.

Nach der einen Seite würde es den Zweck dieser Anfechtung nur unvollkommen erfüllt haben. Denn es würde dem Schenkgeber niemals mehr zurückverschafft haben, als den Besitz der verschenkten Sache; deren Eigenthum wäre dem Schenknehmer verblieben, und damit würden für ihn ungeachtet der Rückgabe des Besitzes nach wie vor alle Rechtsfolgen eingetreten sein, die aus dem Eigenthume als solchem entspringen, und unter denen insbesondere der Eigenthumserwerb am partus ancillae und der vom Besitze am Sklaven unabhängige Erwerb durch einen solchen doch nicht ohne Bedeutung gewesen wären: sie abzuschneiden und für sich selbst zurückzugewinnen, hätte also der Schenkgeber doch immer noch zu anderen Rechtsbehelfen greifen müssen. Und da es dem Impetranten kaum unbekannt hätte bleiben können, daß der Impetrat das Eigenthum der zurückgegebenen Sache behalte, so würde ihm deren edictsmäßige Restitution nicht einmal den Fruchterwerb des bonae fidei possessor gewährt haben.

Nach der andern Seite dagegen würde das Interdict als Mittel, eine verbotene Schenkung anzufechten, in einem wesentlichen Puncte über seinen Zweck hinausgewirkt haben. Morte donatoris Cincia removetur: das Interdict aber steht auch dem Erben des precario dans zu; seine Formel jedoch bot dem Impetraten keine Gelegenheit, geltend zu machen, daß der Impetrant als Erbe des Schenkgebers zur Anfechtung der Schenkung nicht befugt sei.

Endlich und hauptſächlich: es kann auch den Römern nicht entgangen ſein, daß es begrifflich falſch wäre, in der zwecks Eigenthumsübertragung erfolgten Tradition ex causa einer geſetzlich anfechtbaren Schenkung ein Precarium zu erblicken, — gerade ſo, wie es falſch ſein würde, eine unter Vorbehalt des Widerrufs geſchehene Schenkung durch Eigenthumstradition für ein Precarium zu halten. Zwar iſt in beiden Fällen mit dem angefochtenen oder zurückgeforderten Eigenthume auch der Beſitz zurückzugeben und inſofern ſelbſt widerruflich; aber er iſt doch lediglich als Mittel der Rückübertragung des Eigenthums zurückzugewähren und infolge der geſchehenen Uebertragung desſelben dem Eigenthümer zu belaſſen: für ſich allein iſt er ſo wenig Gegenſtand der Rückgabe, als er Gegenſtand des angefochtenen oder widerrufenen Geſchäftes geweſen iſt; das Precarium einer Sache dagegen betrifft ausſchließlich den Beſitz.

So könnte man das Precarium als Seitenſtück der Schenkung eine widerrufliche Schenkung des Beſitzes als ſolchen nennen. Und ſelbſt das würde noch nicht völlig genau ſein: es gehört noch dazu, daß der Widerruf durch Vertrag vorbehalten worden iſt. Die als Schenkung gewollte, als ſolche jedoch nichtige und deshalb widerrufliche unentgeltliche Beſitzüberlaſſung unter Ehegatten[9]) iſt kein Precarium; zur Wiedererlangung des Beſitzes dient die condictio sine causa, nicht unſer Interdict.

Indeſſen braucht der Widerruf, deſſen vertragsmäßiger Vorbehalt eine in ſchenkungsähnlicher Abſicht

9) L. 46 D. de don. i. v. et u. 24, 1: (Ulp. lib. 72. ad ed.) Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est, — alſo weder dann, wenn der Beſitz zwecks Eigenthumstradition übertragen war, als auch dann, wenn er als ſolcher den Gegenſtand der Schenkung bilden ſollte. Vgl. l. 1 §. 4 D. de a. p. 41, 2.

ſtattfindende unentgeltliche Beſitzüberlaſſung zum Precarium macht, gewiß nicht nothwendig kraft ausdrücklicher Erklärung vorbehalten zu werden. Wer weiß oder auch nur glaubt, daß ihm an einer Sache Eigenthum oder ein anderes auf den Beſitz Anſpruch gebendes Recht zuſtehe, und gleichwohl in einer dem Empfänger erkennbaren Weiſe auf dieſen nur den Beſitz, nicht zugleich jenes Recht, übertragen will, der gewährt eben nur ein Precarium: der Vorbehalt jenes Rechtes läßt ſich füglich nicht wohl anders deuten, als ſo, daß der Gebende ſich auch die Möglichkeit vorbehalte, nach Belieben den Beſitz zurückzubegehren. Irre ich nicht, ſo gewinnt erſt unter dieſem Geſichtspuncte l. 1 §§. 2 sq. h. t. das volle Verſtändniß.

Et distat (scil. precarium) a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. §. 3: Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

Hiernach ſetzt eine Schenkung des Beſitzes als ſolchen voraus, daß der Hingebende eben nur Beſitzer zu ſein, kein Recht auf den Beſitz zu haben glaubt.

Umgekehrt aber erheiſcht das Precarium, ſoweit es ein Gegenſtück zur Schenkung bilden ſoll, die Einräumung des juriſtiſchen Beſitzes. Die bloße Einräumung der Detention nämlich begründet ein fortdauerndes Abhängigkeitsverhältniß des Precariſten vom precario dans nicht blos in Beziehung auf das Belaſſen der Sache beim Empfänger ſeitens des Concedenten ſelbſt, was ja im Weſen des Precarium liegt, — ſondern auch in Beziehung auf den Schutz gegen Angriffe Dritter; und dieſe letztere Abhängigkeit ſchließt die Aehnlichkeit mit der Sachſchenkung gerade ſo aus, wie die bloße Uebertragung des juriſtiſchen Beſitzes unter Vorbehalt der dem Uebertragenden an der Sache zuſtändigen Rechte die Schenkung

ſelbſt ausſchließt: ſie bekundet, daß der Concedent unter allen Umſtänden gewillt iſt, jede rechtlich geſchützte Verfügung über die Sache auch während der Dauer des Precarium zu behalten. Sie kann alſo ausſchließlich da vorkommen, wo das Precarium nur für eine beſtimmte Friſt eingeräumt wird, alſo beim Precarium der Fiducia, des Fauſtpfandes, der Waare, hier jedoch ohne Unterſchied, ob der Precariſt den Genuß der Sache unentgeltlich hat oder dafür eine merces ſchuldet.

5. Das Precarium als Seitenſtück zur Erbpacht.

Wenn ein Grundeigenthümer geneigt iſt, ſein Grundſtück precario der Benutzung eines Dritten zu überlaſſen, ſo wird er ſich begreiflicherweiſe dieſe Ueberlaſſung gern vergüten laſſen, m. a. W. er wird gern das Precarium mit der conductio verbinden. Erſtreckt ſich nun dieſes Verhältniß auf den Erben und den Erbeserben des erſten Precariſten, und vollends auf den, welcher von ihm durch Rechtsgeſchäfte unter Lebenden die Innehabung erworben hat, ſo erhält es eine gewiſſe äußerliche Aehnlichkeit mit der Erbpacht.

Indeſſen ſcheint es mir ein ſchweres Mißverſtändniß, wenn Dankwardt[10]) meint, die Rechtsſtellung der römiſchen agri vectigales und der ſpäteren agri emphyteuticarii ſei durch Umwandlung aus dem Precarium entſtanden. Sowohl bei den agri vectigales als bei den agri emphyteuticarii hatte der Leihbeſtänder die Gebäudelaſt und die landwirthſchaftlichen Meliorationen zu beſtreiten; und bei der Emphyteuſe, die, wo nicht ausſchließlich, ſo doch vorzugsweis an wüſter oder unbeſtellter Länderei begründet wurde, fiel dem erſten Leihbeſtänder gar die Herſtellung eines wirthſchaftlichen Zuſtandes überhaupt zu. Nun wird m. E. kein verſtändiger Menſch

10) A. a. O. S. 322 ff.

dergleichen übernehmen, wenn er nicht die rechtlich gesicherte Aussicht hat, durch eine längere Bewirthschaftung des Gutes mindestens die darein gesteckten Unkosten sammt ihren Zinsen wiederzuerhalten: die Ueberlassung precario, d. i auf willkürlichen Widerruf, ist davon das gerade Gegentheil und hier um so bedenklicher, als nach römischem Rechte dem Precaristen ein Anspruch wegen seiner Verwendungen überhaupt nicht zusteht.

6. Das Precarium zum Zwecke gerichtlicher Vertretung.

Eine weitere Anwendung des Precarium glaubt v. Ihering[10a]) entdeckt zu haben. Sie bildet ein Seitenstück der fiducia cum amico contracta; wie diese den Fiduciar in den Stand setzte, formell aus eignem Rechte, sachlich als Vertreter des fiduciae dans den Rechtsschutz des Eigenthums geltend zu machen, so habe das Precarium es ermöglichen sollen, daß der Precarist formell im eignen Namen, sachlich im Interesse des Concedenten den Besitzschutz geltend mache.

Nun begreift sich allerdings die geschilderte Anwendung der Fiducia, weil eine formelle Stellvertretung im Eigenthumsprocesse soweit ausgeschlossen blieb, als dieser an die Form der legis actio gebunden war. Allein für den Besitzprozeß hat niemals eine Form bestanden, welche die Stellvertretung ausschloß; ein possessorisches Interdict konnte, soviel wir wissen, von jeher durch einen Stellvertreter erwirkt werden[10b]), und damit war dieser zugleich in die Lage gesetzt, die aus dem Interdicte entspringenden actiones selbst dann durchzuführen, wenn sie in der Form der legis actio verhandelt wurden; denn die zu deren Begründung erforderlichen Spon-

10a) Besitzwille S. 408 ff.

10b) Vgl. K. A. Schmidt, das Interdiktenverfahren S. 212 ff. und Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 22 f.

ſionen wurden dann eben auf ſeinen, des Stellvertreters, Namen abgeſtellt[10c]) Sollte aber anfangs die Stellvertretung bei der Erwirkung der Interdicte unſtatthaft geweſen ſein, ſo iſt ſie doch frühzeitig zugelaſſen; jedenfalls hat in claſſiſcher Zeit kein Bedürfniß mehr beſtanden, ſie durch das Precarium zu erſetzen. So laſſen ſich aus ihr ſchwerlich irgend welche Eigenthümlichkeiten des Precarium erklären. Ein bedenkliches Mißverſtändniß aber iſt es, in l. 2 §. 3 h. t. einen Beleg für dieſe völlig hypothetiſche Anwendung des Precarium zu finden, bei welcher der Beſitz des Precariſten eine „bloße Rechtsfigur ohne allen realen, ökonomiſchen Inhalt[10d])" geweſen wäre. Der Gegenſatz, den die angezogene Stelle zwiſchen possidere und uti beim Precarium macht, beſteht nicht zwiſchen einem bloßen possidere ohne das uti auf der einen Seite und einem possidere mit dem uti auf der andern; es handelt ſich vielmehr um den Gegenſatz des Sachprecarium zur precariſtiſchen Einräumung einer Gerechtſame[10e]).

7. Nunmehr wenden wir uns zu der Frage: welcher Art iſt das Rechtsverhältniß, das durch das interdictum de precario geſchützt wird?

10c) Setzt man vollends mit v. Jhering a. a. O. S. 393 die Einführung der Interdicte erſt in die Zeit, wo bereits per formulas agirt wurde, ſo fehlt ſelbſt der Schein eines Grundes für die von ihm vermuthete Anwendung des Precarium zwecks proceſſualer Stellvertretung.

10d) Das zu dem vorausgeſetzten Zwecke precario gegebene Gut ließ der Herr nach v. Jherings Anſicht S. 410 f. ganz wie bisher durch Sklaven und Kinder bewirthſchaften, ſo daß ihm deſſen Ertrag zufloß.

10e) Pflüger, die ſog. Beſitzklagen S. 315 f., der treffend auch darauf hinweiſet, daß man in dem von v. Jhering angenommenen Falle vom Precariſten doch nicht füglich habe ſagen können: preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere liceat. Aehnlich Kuntze, zur Beſitzlehre S. 65.

Nach der durch v. Savigny[11]) aufgestellten, neuerdings namentlich noch von Windscheid[11a]) und Randa[12]) vertheidigten Meinung liegt der Rechtsgrund des Interdicts in dem frühern Besitze des Impetranten; diesen Besitz soll es gegen Entziehung durch Vertrauensmißbrauch schützen.

Hiergegen läßt sich allerdings nicht geltend machen[13]), daß unser Interdict durch den Nachweis des impetratischen Eigenthums entkräftet werde, daß es, wie dies meistens ausgedrückt wird, die Einrede des Eigenthums zulasse. Freilich wird jener Einwand nicht durch die Bemerkung beseitigt, das Eigenthum des Empfängers schließe dessen precario habere aus[14]). Denn sicherlich begeht auch der Eigenthümer, der den in Unkenntniß seines Eigenthums ihm anvertrauten Besitz seiner Sache nicht zurückgiebt, einen Vertrauensbruch gegen den frühern Besitzer. Wenn also unser Interdict den letztern gerade gegen einen solchen Vertrauensbruch schützen soll, so ist nicht verständlich, weshalb es gegen den treulosen Eigenthümer versagt. Allein die Römer gestatten die Berufung auf das Eigenthum in bestimmter Beziehung ganz zweifellos auch bei den interdicta retinendae possessionis und bei dem classischen interdictum de vi non armata: noch in Justinians Recht wirkt die exceptio clandestinae und precariae pos-

---

11) Recht des Besitzes §. 42 7. Aufl. S. 460 f.

11a) Lehrbuch Bd. 4 §. 160 unter 2.

12) Der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes u. s. w. 3. Aufl. §. 7a S. 141ff.

13) Wie ich es im Archiv für die Civil-Praxis Bd. 59 S. 222 f nach v. Ihering, über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 99 unter b, und Bruns, die Besitzklagen S. 184, gethan habe.

14) So Windscheid a. a. O. N. 17 g. E., Randa a. a. O. S. 136 N. 26.

sessionis bei jenen regelmäßig nicht wider den Eigenthümer der ſtreitigen Sache[15]); und im claſſiſchen Rechte war es ebenſo bei dieſem[16]), wie hier auch die exceptio violentae possessionis gegenüber dem Eigenthümer ſowohl bei jenen Interdicten wirkungslos blieb, als ſie es bei dieſem that[17]). Ja, das letztere fand gegen den Eigenthümer überhaupt nicht ſtatt[17a]). Und doch ſind die genannten Interdicte trotzdem unzweifelhaft Klagen zum Schutze des gegenwärtigen oder des vitio entzogenen Beſitzes. Es iſt eben eine übereilte Behauptung, das Weſen aller poſſeſſoriſchen Interdicte beſtehe darin, daß die Rechtsfrage principiell ausgeſchloſſen ſei[18]); die exceptio dominii widerſpreche dem poſſeſſoriſchen Charakter vollſtändig[19]).

Nicht gewichtiger iſt der Einwand, den man gegen die Einreihung des interdictum de precario unter die Beſitzklagen der Thatſache entnimmt, daß es nirgends in den Quellen als interdictum recuperandae possessionis bezeichnet wird[20]). Denn wenn ſchon wir dieſe Bezeichnung nicht ausdrücklich auf unſer Interdict angewandt finden, ſo läßt ſich doch nach l. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1 nicht füglich bezweifeln, daß die Eintheilung der interdicta privata zum Schutze vermögensrechtlicher Verhältniſſe (quae ad rem familiarem spectant) in apiscendae

15) L. 40 §. 2 D. de a. p. 41, 2; l. 4 §. 3 h. t.
16) S. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 104.
17) S. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 97f.
17a) S. oben §. 1848 Ziffer 4 S. 20ff.
18) v. Jhering a. a. O. S. 100.
19) Bruns, die Beſitzklagen S. 184.
20) Ad. Schmidt, Recenſion von Bulling, das Precarium, in der neuen jenaiſchen Literatur-Zeitung Jahrg. 1845 S. 1180; v. Jhering a. a. O. S. 97f.; Bruns, die Beſitzklagen S. 182f.; ebenſo ich ſelbſt im Archiv a. a. O. S. 222. Vgl. Gai. IV, 154; §. 6 J. de interd. 4, 15; Theophil. ad h. l.; l. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1; auch Paul. V, 6, 10—12.

possessionis aut reciperandae aut retinendae alle jene Interdicte umfaßt. Danach aber ist unser Interdict selbstverständlich recuperandae possessionis; und es muß als reiner Zufall gelten, daß keines der auf uns gekommenen dürftigen Bruchstücke der römischen Rechtswissenschaft es auch so nennt. Uebrigens würde selbst seine ausdrückliche Bezeichnung als recuperandae possessionis zur Feststellung seines Rechtsgrundes völlig unerheblich sein: gerade weil jene Eintheilung der das Vermögen betreffenden Privatinterdicte nach ihrem unmittelbaren Zwecke alle diese Interdicte ohne Unterschied ihres Rechtsgrundes umfaßt, ist aus der Zugehörigkeit eines Interdictes zu einer ihrer drei Classen auf dessen besondern Rechtsgrund schlechterdings nichts zu schließen[21]).

Und noch weniger beweiset gegen die Begründung unsers Interdictes durch den frühern Besitz des Impetranten die Thatsache, daß es im Edicte des Prätors von den interdicta de vi ganz getrennt war[22]). Denn diese seine Stelle hinter den interdicta Quod vi aut clam und ex operis novi nuntiatione ist wohl nur durch einen äußern Umstand bedingt: es verdankt sie „vermuthlich der Gewohnheit, die drei Worte vi clam precario zusammenzuhören[23])." Uebrigens steht ja auch das unzweifelhaft durch den Besitz begründete Utrubi im Edicte sehr weit vom Uti possidetis getrennt. Die Stelle unsers Interdicts in den Edictscommentaren und in allen von der Anordnung des Edicts beeinflußten Werken ergab sich danach von selbst.

---

21) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1835b Ziffer 31 S. 171 ff.

22) Gewicht legt hierauf Bruns a. a. O. S. 183. Dagegen schon Archiv a a. O. S. 222 N. 1 a a. E.

23) So Lenel ed. perp. S. 36.

Gleichwohl ist das interdictum de precario kein Besitzinterdict in dem hier fraglichen Sinne: sein Rechtsgrund liegt nicht im frühern Besitze des Impetranten.

Wie wir gesehen haben[24]), kann nicht nur der juristische Besitzer ein Precarium geben, sondern auch der Nichtbesitzer, sofern er entweder dem precario rogans den Besitz entziehen könnte oder doch die Mitwirkung des Dritten erlangt, der die thatsächliche oder die rechtliche Verfügung über die Sache hat. Für den unbefangenen Blick dürfte damit die Frage ohne weiteres erledigt sein.

Dem gegenüber lehrt Windscheid[25]): „— wer precario nimmt, macht eben dadurch denjenigen, von welchem er nimmt, zum Besitzer, und deswegen nicht weniger, weil er im gegebenen Fall selbst den Interdictenschutz genießt — oder sollte der Empfänger, auch wenn er sich mit Gewalt gegen den Verleiher vertheidigt, nur mit dem interdictum de precario haften[26])?"

---

24) Oben Ziffer 2 S. 220ff.

25) Lehrbuch Bd. 1 §. 160 unter 2 N. 17.

26) Aehnlich Randa a. a. O. §. 7 a zu N. 33f. S. 141: „Was — die l. 18 (h. t.: Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat) — betrifft, welcher zufolge der nichtbesitzende Eigenthümer eine Sache precario geben kann, so ist es zunächst fraglich, ob unter possessio nicht die bloße detentio gemeint ist." Randa beschränkt also die Entscheidung der l. 18 auf den Eigenthümer, der zwar juristischen Besitz hat, nicht aber die Detention. Allein das von Julian zweimal gebrauchte possidere bezeichnet bekanntlich technisch und regelmäßig eben den juristischen Besitz im Gegensatze zur bloßen Detention; unter allen Umständen aber hätte Julian, wenn er das sagen wollte, was Randa ihm unterlegt, ausdrücken müssen, daß seine Entscheidung ausschließlich für den Fall gelte, wo der rogans bereits Detentor des rogatus ist; statt dessen sagt er: Unusquisque — potest. „Sodann," fährt Randa

Allein, immerhin einmal angenommen, der besitzende precario rogans mache den nicht besitzenden rogatus eben durch die precarii rogatio in der That zum juristischen Besitzer: wird nicht das Verhältniß von Ursache und Wirkung geradezu auf den Kopf gestellt, wenn man auf Grund jener Annahme sagt, der rogatus werde um dieses Besitzes willen gegen dessen Entziehung seitens des rogans geschützt? In Wahrheit würde er doch nicht deshalb geschützt werden, weil er kraft der precarii rogatio Besitzer geworden wäre; sondern umgekehrt würde er als Besitzer eben nur deshalb gelten, weil er auf Grund der precarii rogatio vom rogans Herausgabe des Besitzes verlangen kann.

---

fort, „ist zu erwägen, daß der Precarist durch Stellvertretung den etwa nicht besitzenden Eigenthümer zum Besitzer macht und dieser Erfolg gewiß dadurch nicht gehindert wird, daß der Precarist neben dem Concedenten (nur nicht gegen ihn) den Interdictenschutz genießt. Das dem so ist, ergiebt sich aus l. 8 pr. §. 2, l. 22 D. h. t.“ Es ist mir nicht verständlich, was sich aus diesen Stellen für Randa ergeben soll. (Wenn N. 34 bemerkt: „Die Besonderheit des Doppelbesitzes bezieht sich doch blos auf den Interdictenschutz“, so ist damit wohl gemeint, aus dem Umstande, daß die Römer dem rogatus das Uti possidetis gegen Dritte nicht gaben, dürfe nicht gefolgert werden, daß er nicht Besitzer sei. Vgl. Randa a. a. O. S. 400 N. 2.) N. 35 sagt: „Ebenso wenig als aus l. 8 pr. D.: ei competere interd., a quo quis precario rogavit, non cuius res est, deducirt werden kann, daß der Eigenthümer nicht das interd. de precario habe, so wenig aus l. 18 D., daß der Nichtbesitzer nicht (sic!) precario leihen könne. Auch Dankwardt, S. 319, bemerkt, daß „zum Wesen des späteren Precarium gehört, daß der Concedent oder Rogatus juristischer Besitzer ist.“ Dies ist jedenfalls keine Begründung der Ansicht, daß der Nichtbesitzer ein Precarium nicht gewähren könne, sondern der Versuch, durch einen völlig verfehlten Vergleich die Beweiskraft

Sei dem indeſſen, wie ihm ſei: einſtweilen fehlt jeder Beweis für die Behauptung, daß der beſitzende rogans den nicht beſitzenden rogatus nothwendig zum juriſtiſchen Beſitzer mache, m. a. W. ein constitutum possessorium mit ihm eingehe. Dieſes Geſchäft hat da einen guten Sinn, wo ſonſt der Beſitzer zwecks der Eigenthumsübertragung die Sache zuerſt dem Erwerber körperlich überlaſſen und ſie alsdann körperlich von ihm zurückempfangen müßte[26a]). Ganz anders in unſerm Falle!

Unbeirrt durch Windſcheids Axiom ergiebt die unmittelbare Anſchauung zunächſt, daß, abgeſehen von der fraglichen Beſitzübertragung auf den rogatus, eine Rechtswirkung der precarii rogatio ſeitens des beſitzenden rogans nur da überhaupt eintritt, wo der rogatus in der Lage iſt, dem rogans in der That irgend etwas zuzuwenden. Fehlt dagegen dem rogatus außer dem Beſitze die rechtliche Möglichkeit, dem bereits beſitzenden rogans den Beſitz zu entziehen, und geſtattet auch nicht etwa der Dritte, dem dieſe Möglichkeit zuſteht, dem rogatus in deſſen, des rogatus, Namen dem rogans den Beſitz zu belaſſen: ſo iſt die precarii rogatio und concessio völlig inhaltslos; der rogatus hatte nichts zu erlauben, der rogans hat von ihm precario nichts empfangen. Und gleichwohl ſollte dieſer Hergang als constitutum possessorium Wirkung haben?! z. B. der vermeintliche Erbe oder gar derjenige, der ſich mala fide für den Erben ausgiebt, dadurch juriſtiſcher Beſitzer einer Erbſchaftsſache werden, daß der Beſitzer ihn bittet, dieſelbe ihm widerruflich zu laſſen?

Aber ſelbſt da, wo die precario rogatio ſeitens des beſitzenden rogans vom nicht beſitzenden rogatus einen

---

der l. 18 h. t. für die entgegengeſetzte Meinung abzulehnen. (Das „nicht" am Ende der N. 35 iſt wohl nur verſehentlich geſetzt: es macht m. E. den ganzen Satz perplex.)

26a) v. Ihering, der Beſitzwille S. 210 ff.

thatsächlichen Inhalt hat, z. B. wenn der Besitzer einer Nachlaßsache diese precario vom wahren Erben erbittet, ist die Annahme eines constitutum possessorium ungerechtfertigt. Wir betonen hierbei nicht ihre Künstlichkeit, durch welche sie sich manchem modernen Juristen vielleicht empfehlen möchte; wohl aber fragen wir: cui bono? Windscheid freilich betrachtet es als selbstverständlich, daß dem precario dans gegen den Precaristen, der mit Gewalt seinen Versuch abweiset, sich thatsächlich der Sache zu bemächtigen, auch die Rechtsbehelfe des Besitzers wegen gewaltsamer Entziehung des Besitzes[27]) zukommen. Indessen ist auch dies eine gänzlich beweislose Behauptung, die m. E. im völligen Schweigen der Quellen über eine Concurrenz der interdicta de vi und de precario von vornherein ihre Widerlegung selbst für denjenigen rogatus findet, der bis zur precarii concessio juristischer Besitzer gewesen ist. Daß im classischen Rechte der precario dans, sofern er nur keine Waffen gebrauchte, den Precaristen impune dejicirte, ist durchaus nicht als Folge seines Besitzes anzusehen: die gleiche Befugniß stand auch dem nichtbesitzenden Eigenthümer gegen den Besitzer zu; und so werden wir sie auch demjenigen zuerkennen dürfen, der als Nichtbesitzer dem Besitzer ein Precarium eingeräumt hatte. Der einzige denkbare Erfolg für ein constitutum possessorium würde also in diesem Falle darin bestehen, daß der rogatus statt des interdictum de precario gegen den rogans, solange dieser im Besitze bleibt, das interdictum retinendae possessionis gebrauchen könnte. Aber selbst dieser Erfolg ist nirgends bezeugt, sondern lediglich eine Schlußfolgerung aus willkürlicher Voraussetzung.

---

27) Also bei Grundstücken das Unde vi, bei beweglichen Sachen der Rechtsbehelf aus l. 7 Cod. unde vi 8, 4. Vgl. Windscheid, Lehrb. Bd. 1 S. 160 N. 4.

Und ſeinethalb ſollen wir uns vorſtellen, daß der beſitzende rogans mittels der rogatio in Einem Athem den Beſitz zuerſt auf den rogatus übertrage und ſodann von dieſem zurückempfange? Iſt es wohl glaublich, daß die Römer, bei denen der Begriff des constitutum possessorium anſcheinend erſt ziemlich ſpät anerkannt worden iſt[28]), in dem erwähnten Falle des Erben ein Precarium nicht von vornherein angenommen hätten? Wie hätte Julian in l. 18 h. t. ſagen dürfen: Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat — wenn er in dem vorausgeſetzten Falle ein constitutum possessorium angenommen hätte?![28a])

Lediglich das Eine darf zugegeben werden: wenn jene vermeintliche Nachlaßſache nur im Uſucapionsbeſitze, nicht im Eigenthume, des Erblaſſers geſtanden hatte, ſo war freilich die trotz dem Tode des Erblaſſers fortlaufende Erſitzung unterbrochen, ſobald ein Dritter den Beſitz der Sache eigenmächtig ergriffen hatte; allein mit ſeiner precarii rogatio beginnt auf Grund des für den Erblaſſer entſtandenen Titels ohne Frage gerade ſo eine neue Erſitzung, wie dies geſchehen würde, wenn der Erbe von jenem Occupanten mittels der hereditatis petitio oder des Quorum bonorum den Beſitz der Sache erlangt hätte. Und in dieſer Beziehung läßt ſich immerhin von einem Beſitze des precario dans durch den Precariſten reden, — aber nur in dieſer; es iſt mit dem Beſitze des precario dans nicht anders, als mit dem Beſitze des Pfandgebers durch den Fauſtpfandgläubiger: ad usucapionem tantum possidet. Indeſſen begreift ſich dieſe Wirkung des fremden Beſitzes ſehr leicht: die Erſitzung des Nichtbeſitzers kommt dem wirklichen Beſitzer

28) Seine älteſte Spur findet ſich bekanntlich bei Celſus in l. 18 pr. D. de a. p. 41, 2.

28a) S. v. Ihering a. a. O. S. 399.

zugute; nach ihrer Vollendung kann ihm ein Dritter die Sache nicht mehr kraft seines Eigenthums entwehren.

Vermag hiernach das interdictum de precario als possessorischer Rechtsbehelf im Sinne eines Besitzschutzmittels nicht zu gelten, so ist es doch in dem formellen Sinne possessorisch (possessionis causam continens), als seine thatsächliche Wirkung durch einen nachfolgenden endgültigen Rechtsbehelf, namentlich durch die rei vindicatio, die negatoria in rem actio, die confessoria, umgestoßen werden kann. Es ist ein Irrthum, unser Interdict deshalb für ein definitives, proprietatis causam continens, zu halten, weil es die Einrede des Eigenthums (und ebenso beim precarium servitutis die Einrede des Servitutrechtes, beim Precarium der Servitutfreiheit diejenige der Freiheit des Eigenthums) zuläßt. Allerdings begründet das Urtheil, welches das Interdict auf Grund dieser Einrede abweiset, sowie umgekehrt dasjenige, welches ihm unter Zurückweisung der Einrede stattgiebt, nach römischem Rechte ohne weiteres, nach heutigem Rechte wenigstens infolge einer zwecks Feststellung der Eigenthumsfrage rechtzeitig erhobenen Widerklage[29]) die Rechtskraft auch für die Entscheidung über das Eigenthum des Impetraten. Allein genau das Entsprechende gilt bezw. galt auch für die interdicta retinendae possessionis und de vi, sofern in ihnen die Frage nach dem Eigenthume zur Entscheidung gelangt: und doch steht die provisorische Natur dieser Interdicte außer allem Zweifel. Sie liegt gerade darin, daß die Frage nach dem endgültigen Rechte ungeachtet der Entscheidung über das Interdict soweit offen bleibt, als sie darin nicht mitgetroffen ist. So steht die Einrede der Rechtskraft demjenigen nicht entgegen, der, im interdictum de precario zur Herausgabe der Sache verurtheilt, mit der rei vindicatio erst jetzt sein

29) CPO. §. 253 vbd. mit §. 293 Abs. 1.

Eigenthum daran geltend macht: das Urtheil, welches ihn als Precariſten anerkannt hat, hat über das, von ihm gar nicht behauptete, Eigenthum gar nichts entſchieden[30]).

8. Wohl kaum noch findet heute die Anſicht v. Savigny's[31]) Beifall, wonach das interdictum de precario eine Delictsklage iſt, gegründet „allein darauf, daß es an ſich unrecht iſt, den guten Willen des Andern zu mißbrauchen, gerade ſo wie es unrecht iſt, mit Gewalt eine Sache zu nehmen, der Andere mag Eigenthümer ſein oder nicht." Treffend bemerkt demgegenüber v. Jhering[32]), wäre dieſe Behauptung richtig, ſo müßte auch die condictio ex mutuo und die actio commodati eine Delictsklage ſein. Allerdings, ſo führt der genannte Gelehrte aus, kann das interdictum de precario durch dolus des Precariſten ähnlich wie die rei vindicatio (durch dolus praeteritus des Beſitzers) einen delictsartigen Zuſatz in ſich aufnehmen, und wo dies geſchieht, da haftet der Erbe des Precariſten hier wie überall aus dem De-

30) Hiernach iſt zu berichtigen, was ich in Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1835a Ziffer 27 S. 161 geſagt habe.

Nach Bekker, das Recht des Beſitzes S. 139, iſt das Interdict nicht poſſeſſoriſch, „wenn „poſſeſſoriſch" nur dasjenige Rechtsmittel heißen ſoll, das aus der Verletzung vorhandener Possessio hervorgeht, wohl aber dann, wenn damit geſagt wird, daß es erworben werden nur kann dem (sic!), der Possessio oder irgend ein Jus possidendi bei der Einräumung gehabt hat (cf. l. 8 pr. h. t.), und der auch jetzt bei der Klaganſtellung noch als Beſitzer gilt." In dieſem Sinne dürfte Bekker dann auch die actiones commodati, depositi, pignoraticia directa, locati auf Rückgabe der Sache poſſeſſoriſch nennen; — aber: cui bono?

31) Recht des Beſitzes S. 30f.

32) Ueber den Grund des Beſitzſchutzes S. 17. Vgl. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen Bd. 1 §. 7 S. 65; G. E. Schmidt, das Commodatum und precarium §. 6 S. 107f.; Bulling a. a. O. S. 53f.

licte seines Erblassers nur auf Bereicherung[33]); allein diese bloße Möglichkeit macht das Interdict ebensowenig, wie die rei vindicatio, zu einer Delictsklage; es geht, wo es an dieser Voraussetzung fehlt, gegen den Erben ganz ebenso wie gegen den Erblasser. Uebrigens liegt in der Verweigerung der Herausgabe nicht einmal immer ein Dolus, z. B. dann nicht, wenn der um sie angegangene Vormund des wahnsinnig gewordenen Precaristen oder der Erbe des Precaristen vom Precarium nichts weiß oder wenn der Precarist inzwischen erfahren hat, daß er Eigenthümer der Sache ist.

In der That zeigt das Interdict keine der den Delictsklagen auch in der Form der Interdicte zukommenden Eigenthümlichkeiten.

Aeltere römische Juristen beschränkten das Interdict auf einen annus utilis. Hätten sie dasselbe für eine Delictsklage angesehen, so hätte dieses Jahr erst von Begehung des Delictes an, d. h. von der Verweigerung der Rückgabe laufen können. Dazu jedoch paßt es nicht, daß Ulpian jene kurze Befristung aus dem Grunde für abgeschmackt erklärt, weil ein Precarium manchmal auf lange Zeit gewährt werde[34]).

Aus Delicten des Gewaltunterthänigen haftet der Gewalthaber mit der Noxalklage, also, wenn das Delict mit einem Interdicte verfolgt wird, mit diesem Interdicte als noxalem[35]), niemals dagegen de peculio[36]). Hat jedoch

---

33) L. 8 §. 2 h. t. (s. oben S. 221).
34) L. 8 §. 7 h. t. (s. oben S. 255).
35) L. 5 D. de interd. 43, 1; l. 1 §§. 11. 15 sqq. D. de vi 43, 16; l. 5 §§. 8 und 11, l. 7 §. 1, l. 14 D. quod vi 43, 24.
36) L. 1 §§. 7 sq. D. de his, qui eff. 9, 3; l. 3 §§. 11 sq. D. de pec. 15, 1; l. 3 §. 6 D. si mensor 11, 6; l. 58 D. de R. J. 50, 17.

ein Gewaltunterthäniger ohne Wiſſen des Gewalthabers ein Precarium für ſich empfangen, ſo haftet der Gewalthaber, der ja nicht ſelbſt precario habet und folglich nicht suo nomine mit dem Interdicte belangt werden kann, de peculio.[36a]).

Auch hinſichtlich der Haftung für Gefahr und für Früchte wird das interdictum de precario ganz anders behandelt, als die in der That Delicte verfolgenden interdicta de vi, Quod vi aut clam, fraudatorium. Dieſe drei Interdicte belaſten den Impetraten vom Augenblicke ſeiner rechtswidrigen Handlung unbedingt mit aller Gefahr der Sache[37]); und die beiden erſten machen ihn ebenſo haftbar für alle Früchte, welche infolge ſeines Handelns dem Impetranten entgangen ſind[38]), das letzte wenigſtens für diejenigen Früchte, welche im Augenblicke der frauduloſen Veräußerung der Hauptſache mit dieſer verbunden waren[39]); — der Precariſt dagegen leiſtet Früchte erſt ex interdicto reddito[40]), wie er erſt von dieſem Augenblicke an für omnis culpa, nicht jedoch darüber hinaus, haftet[41]).

36a) L. 13 h. t. (oben S. 236) l. 5 §. 1 D. de pec. 15, 1 (daſ. S. 237). Es iſt ebenſo willkürlich als unzulänglich, wenn Mandry, das gemeine Familiengüterrecht Bd. 2 S. 236 die Beweiskraft dieſer Stellen gegen die Delictsnatur der mit dem interdictum de precario geltendgemachten Obligation damit in Zweifel ſtellt, daß er ſie auf die actio praescriptis verbis bezieht.

37) L. 1 §§. 35 sq. l. 15 D. de vi 43, 16; l. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

38) L. 1 §§. 40 sq. D. de vi 43, 16; l. 38 §. 11 D. de usur. 22, 1 und dazu Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838 e Ziffer 103 S. 250 ff.

39) L. 25 §§. 4 sqq. D. quae in fraud. cred. 42, 8; dazu a. a. O. S. 253 ff.

40) L. 8 §. 4 h. t.

41) L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2; l. 8 §. 6 h. t.

9. Da, wie wir gesehen haben, rogatio und entsprechende concessio precarii einen Vertrag bilden, so liegt es nahe, die mit unserm Interdicte geltend gemachte Forderung für eine aus diesem Vertrage erwachsene Forderung zu halten, mag man nun annehmen, er bezwecke ihre Entstehung, sei m. a. W. ein obligatorischer Vertrag, oder mag man die Forderung unabhängig vom Willen der Handelnden aus ihrem Vertrage entstehen lassen, sie m. a. W. für eine Forderung aus einem quasicontractlichen Rechtsgeschäfte halten[42]).

Es ist m. E. nicht schwer, zu zeigen, daß die Römer diese Auffassung nicht gehegt haben, sofern sie bei der Verpflichtung des Precaristen einer ganzen Zahl von Besonderheiten stattgeben, welche sämmtlich den unzweifelhaft aus Rechtsgeschäften entspringenden Verpflichtungen nicht nur fremd, sondern mit solchen unvereinbar sind[43]). Ich kann hier, abgesehen von Einem Verhältnisse[43a]), meine früheren Ausführungen im wesentlichen wiederholen.

---

42) Im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 59 S. 225 ff., bestreite ich, wie noch jetzt, daß die Verpflichtung des Precaristen, welche mit unserm Interdicte geltend gemacht wird, auf einem „quasicontractlichen Rechtsgeschäfte" beruhe, führe dieselbe vielmehr auf grundlose Bereicherung zurück. Wenn Randa a. a. O. S. 137 N. 28 dies mit der Frage zu widerlegen meint, ob nicht auch die Verpflichtung aus grundlosem Haben eine quasicontractliche sei, so hat er nicht beachtet, daß grundlose Bereicherung kein Rechtsgeschäft ist.

43) Bekker a. a. O. S. 125 Nr. 1 nennt den in dieser Hinsicht von mir a. a. O. S. 225 ff. unternommenen Nachweis eine Arbeit „nach der falschen Schablone". Doch hat es ihm „augenblicklich an Zeit und Raum" gefehlt, mich zu belehren, wie man feststellen solle, ob ein Institut unter einen bestimmten Begriff falle, wenn nicht dadurch, daß man untersucht, ob bei ihm die Merkmale dieses Begriffes vorhanden seien.

43a) S. unten zu N. 52.

1) Nach älterm Rechte haftete bekanntlich ein Pupill aus einem ohne rechtsgültige auctoritas tutoris von ihm eingegangenen obligatoriſchen Vertrage mit der Vertragsklage niemals. Soweit er infolge des thatſächlichen Hergangs bereichert war, fand gegen ihn keine andere Schuldklage ſtatt, als je nach den Umſtänden eine condictio sine causa i. w. S. oder die actio ad exhibendum[44]); dieſe Klagen machten ihn haftbar gemäß ſeiner Bereicherung im Augenblicke des Urtheils. Erſt Antoninus Pius hat, unter ausdrücklicher Anerkennung des Grundſatzes, daß der Vertrag als ſolcher den Pupillen nicht verpflichte, vorgeſchrieben, der Pupill ſolle bis zum Betrage ſeiner Bereicherung im Augenblicke der litis contestatio mit der Vertragsklage utiliter haften[45]). Und das Gleiche gilt für die Verpflichtung aus einem quaſicontractlichen Rechtsgeſchäfte, welches der Pupill ſelbſtändig vorgenommen hat, namentlich für ſeine negotiorum gestio[46]). Sogar die actio negotiorum gestorum contraria gegen einen Pupillen beſchränkt ſich gemäß jener Vorſchrift auf deſſen Bereicherung[47]).

Dagegen läßt ſchon Labeo den Pupillen aus einem von ihm ohne auctoritas tutoris eingegangenen Precarium mit dem interdictum de precario haften, ſofern er die ihm precario gegebene Sache beſitzt. Und zwar betont er

---

44) L. 2 D. commod. 13, 6.

45) L. 1 pr.; l. 5 pr. D. de auct. et consensu tut. 26, 8; l. 3 pr. D. commod. 13, 6. — Ueber den entſcheidenden Zeitpunct l. 36 pr. D. de N. G. 3, 5.

46) L. 3 §. 4 D. de N. G. 3, 5. — S. auch l. 66 i. f. D. de solut. 46, 3; l. 9 und l. 10 D. de inst. act. 14, 3 vgl. mit l. 11 pr. und l. 17 §. 2 eod.

47) L. 5 §. 2, l. 14, l. 20 §. 1, l. 36 pr. D. de N. G. 3, 5; l. 2 Cod. eod. 2, 18. Daß auch hier die Klage eine utilis war, erhellt aus l. 14 cit. v.: pro qualitate personarum et actio formatur et condemnatio moderabitur.

dabei ausdrücklich, der Prätor habe deswegen keinerlei Aenderung an der Formel vorzunehmen; die gewöhnliche, edictsmäßige Fassung des Interdictes passe durchaus[48]).

Randa[49]) verkennt nicht eine hierin bezeugte „Anomalie", meint jedoch, sie erkläre sich wohl aus der ältern Auffassung des Precarium. Darunter versteht er[50]) die Auffassung, welche nach seiner Ansicht bis zur Anwendung der actio praescriptis verbis bestand. Aber wenn man die Natur der durch das Interdict geschützten Forderung untersucht, so handelt es sich doch eben um diese, nicht um die Natur der durch eine andere Klage geschützten; und nur das kann fraglich bleiben, ob und eventuell wie weit die Natur des Verhältnisses infolge des Schutzes durch jene neue Klage geändert worden sei. Davon werden wir später handeln[50a]).

2) Eine gewillkürte Stellvertretung bei Eingehung von Schuldverträgen hatte im römischen Rechte im allgemeinen freilich die Wirkung nicht, den Principal unmittelbar zu verpflichten; als eigentlicher Schuldner galt hier vielmehr regelmäßig der Stellvertreter, der Principal haftete nur electiv neben diesem mit einer actio adiectitiae qualitatis. Indessen erlitten hier eine abweichende Behandlung die Realcontracte auf Rückgabe einer Sache, wenn diese Sache dem Stellvertreter auf den Namen des Principals übergeben worden war[51]). Es kann deshalb

48) L. 22 §. 1 h. t. (s. oben S. 229 f.).

49) A. a. O. S. 221 N. 26.

50) A. a. O. S. 220 N. 26 f.

50a) S. unten Ziffer 11.

51) L. 1 §. 14 D. dep. 16, 3: (Ulp. lib. 30. ad ed.) Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere, iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum depo-

nicht als eine dem Weſen derartiger Schuldverträge widerſtreitende Eigenthümlichkeit des Precarium gelten[52]), daß der Principal für eine auf ſeinen Namen dem Stellvertreter precario gegebene Sache mit dem interdictum de precario suo nomine haftet, weil er precario habere proprie dicitur[53]).

Und das Gleiche gilt hinſichtlich der unmittelbaren Haftung des Gewalthabers aus einem mit ſeiner Ermächtigung oder Genehmigung für ihn von einem Gewaltunterthänigen eingegangenen Precarium[54]): ohne Zweifel haftete ſchon nach römiſchem Rechte der Gewalthaber nicht minder unmittelbar aus einem mit ſeiner Ermächtigung oder Zuſtimmung auf ſeinen Namen vom Gewaltunterthänigen contrahirten Commodat und Depoſitum.

Anders dagegen verhält es ſich mit der Haftung des Arrogator für das dem Arrogatus vor der Arrogation gewährte Precarium. Für dieſes nämlich haftete der Arrogator im claſſiſchen Rechte suo nomine[55]), während er für alle übrigen vor der Arrogation von letzterm eingegangenen Verbindlichkeiten nur mittelbar aufkam, inſofern er entweder deſſen Vertretung gegen die wider dieſen gerichteten Klagen übernehmen oder das von ihm eingebrachte Vermögen an deſſen Gläubiger herausgeben mußte[56]), übrigens nach der von Ulpian gebilligten Anſicht auch de peculio belangt werden konnte[57]).

---

nam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi etc.

52) Wie ich es früher aufgefaßt habe a. a. O. S. 226 zu N. 20.

53) L. 6 §. 1 h. t. (ſ. oben S. 236) vbd. mit l. 2 pr. h. t. (ſ. oben S. 199).

54) L. 4 §. 2 h. t. (ſ. oben S. 236); l. 13 init. eod. (ſ. oben S. 236).

55) L. 16 D. h. t. (ſ. oben S. 237).

56) Gai. III, 84; §. 3 J. de adq. per adrog. 3, 10.

57) L 42 D. de pec. 15, 1.

Dies erklärt ſich nur daraus, daß nicht der Empfang des Precarium den Empfänger zur Rückgabe verpflichtet, wie es der zwecks Begründung eines Realcontractes ſtattfindende Empfang thut, — ſondern lediglich das precario habere, m. a. W. eben daraus, daß das Precarium kein Schuldvertrag iſt[58]).

3) Wer einen Andern bittet, ihm unentgeltlich die Innehabung einer Sache zu dem Zwecke zu überlaſſen, damit er dieſe Innehabung einem Dritten zu einem beſtimmten Gebrauche unentgeltlich weiter überlaſſe, der haftet bei Erfüllung ſeiner Bitte unzweifelhaft ebenſo dem von ihm Gebetenen als Commodatar, wie er ſeinerſeits infolge der Weiterbegebung der Sache an den Dritten gegen dieſen die actio commodati hat[59]). Selbſt aus einem Realcontracte alſo entſteht für den erſten Empfänger einer Sache, der dieſelbe nicht als Stellvertreter eines Andern in Empfang nimmt, die contractliche Verpflichtung zu deren Rückgabe, wenn er ſie für dieſen Andern erhält. Derjenige dagegen, welcher den Beſitzer bittet, eine Sache einem Dritten precario zu überlaſſen, haftet auch dann, wenn der Beſitzer in ausſchließlicher Rückſicht auf den Bittenden (dum mihi [scil. roganti] vult praestitum) die Bitte erfüllt, jenem nicht mit unſerm Interdicte, weil er eben nicht precario hat[60]).

---

58) Bekker, der a. a. O. S. 135 die Haftung des Arrogator aus der Univerſalſucceſſion in das Recht des Precariſten erklären will, hat die Eigenthümlichkeit dieſes Verhältniſſes gar nicht bemerkt. Weshalb ſuccedirt der Arrogator nicht auch in das Commodat des Arrogirten? Randa berührt dieſe Frage überhaupt nicht.

59) Arg. l. 5 §. 12 D. commod. 13, 6. Er genügt übrigens, ſoweit ihn nicht ein Verſchulden trifft, ſeiner Verbindlichkeit durch Ceſſion ſeiner eignen Klage gegen den Dritten.

60) L. 8 pr. h. t. (ſ. oben S. 224 f.).

Auch hierin erblickt Randa[61]) eine Anomalie, die er wiederum aus der ältern Auffaſſung des Precarium erklären will.

4) Neben der durch Real- oder Conſenſualcontract begründeten Verpflichtung, eine empfangene Sache zurückzugeben, kann recht füglich eine Verpflichtung gleichen Inhalts ſtehen, welche ſich auf einen Verbalcontract ſtützt. Unſer Interdict dagegen iſt unzuläſſig, ſobald die Rückgabe der Sache ſtipulirt wird[62]). Das iſt nur dann begreiflich, wenn man davon ausgeht, daß das Weſen des Precarium jeder vertragsmäßigen Verpflichtung des Precariſten widerſtrebt[63]). Randa hegt freilich die Vermuthung, daß ſich auch die Unverträglichkeit des Precarium mit dem Verbalcontracte aus der von ihm vorausgeſetzten ältern Auffaſſung des Precarium erkläre[64]). Leider aber deutet er nicht einmal an, worin dieſe vermuthliche Erklärung liege. Denn wenn nach ſeiner Meinung in Ermangelung einer Stipulation urſprünglich „zum Schutze des obligatoriſchen Rechts auf Reſtitution eben hier wie in anderen Fällen[65])“ ein Interdict gegeben wurde, ſo wird damit doch nimmermehr begründet, daß da, wo eine Stipulation vorliegt, das Interdict unſtatthaft iſt.

5) Es iſt ein Fundamentalſatz des römiſchen Erbrechts, daß ſämmtliche Verpflichtungen aus Schuldverträgen und quaſicontractlichen Rechtsgeſchäften auf den Erben

---

61) A. a. O. S. 221 N. 26.

62) L. 15 §. 3 h. t. (ſ. oben S. 249).

63) S. oben Ziffer 4 S. 352 ff. und unten Ziffer 10.

64) A. a. O. S. 220 f. N. 26.

65) Derartige andere Fälle führt Randa indeſſen nicht an; und in der That dürfte es ihm ſchwer ſein, auch nur einen einzigen zu nennen, in welchem es ſich um eine vertragsmäßige Reſtitutionspflicht handelt.

des Schuldners übergehen. Die einzige Ausnahme der verborum obligatio des sponsor und des fidepromissor beruht unzweifelhaft auf einer, durch ſocialpolitiſche Erwägungen veranlaßten poſitiven Satzung. Vom Precarium dagegen ſagt Papinian: heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur[66]); und hinſichtlich des heres sciens folgt aus l. 8 §. 8 h. t. und l. 2 Cod. eod.[67]) keineswegs, daß er unſerm Interdicte auch dann hafte, wenn er die Sache pro possessore beſitzt: er beſitzt alsdann vielmehr clam[68]). Daß dieſe von der Behandlung der Vertragsverpflichtungen abweichende Behandlung der obligatio precarii auf poſitiver Satzung beruhe, hat m. W. noch niemand behauptet: ſie läßt ſich nur aus der Eigenthümlichkeit des Precarium verſtehen.

Randa[69]) erblickt die entſcheidende Eigenthümlichkeit darin, daß das Precarium „höchſt perſönlicher Natur iſt: beneficia non obtruduntur!“ Aber das Commodat iſt auch ein beneficium: und doch hat kein römiſcher Juriſt je daran gezweifelt, daß die aus ihm erwachſene Verpflichtung des Commodatars auf deſſen Erben übergehe. Randa verwirrt den Zweck der Hingabe, der allerdings auf eine perſönliche Begünſtigung des Empfängers gerichtet iſt, und die aus dieſer Begünſtigung für den Empfänger erwachſene Verpflichtung, die eben dann keine perſönliche iſt, wenn ſie auf der Zuſage der Rückgabe beruht. Und es iſt gerade die Frage, ob ſie das thut. Sie thut es aber unzweifelhaft beim Commodat; beim Precarium dagegen thut ſie es nicht: es iſt hier m. a. W. eben eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Rückgabe nicht vorhanden.

66) L. 11 D. de div. temp. praescr. 44, 3. (S. oben S. 238 f.).
67) S. oben S. 241.
68) Paul. V, 6, 12 (ſ. oben S. 239 f.).
69) A. a. O. S. 136 N. 25.

6) Eine durch Schuldvertrag begründete Verpflichtung geht in vollem Umfange auch soweit auf den Erben über, als sie durch Dolus des Schuldners modificirt worden ist[70]). Die durch Dolus des Precaristen für diesen begründete Haftung aus unserm Interdicte dagegen überträgt sich auf seinen Erben nur soweit, quatenus ad eum pervenit[71]).

Auch dies ist, wie schon Francke[72]) bemerkt, nur daraus zu erklären, daß die Römer das Precarium nicht als Schuldvertrag behandelt haben.

7) Bei Obligationen aus Schuldverträgen und quasicontractlichen Rechtsgeschäften, welche der Beurtheilung ex aequo et bono unterliegen, steht der Schuldner, der Vortheil aus dem Geschäfte hat, ausnahmslos für omnis diligentia ein. Beim Precarium haftet er, obwohl er infolge davon unentgeltlich eine Wohlthat genießt, ante interdictum editum nur für dolus und lata culpa[73]).

Randa[74]) meint, es sei „die Haftung bloß für lata culpa hier ebenso eine Anomalie, wie beim Vertrage über operae liberales", wofür er sich stützt auf l. 1 §. 1 und l. 5 D. si mensor 11, 6. Ganz abgesehen nun davon, daß es keine Erklärung einer Thatsache ist, wenn man sie als Anomalie bezeichnet, hat Randa dabei nur gerade das Entscheidende übersehen: der Mensor ist eben aus seinem Vertrage gar nicht zur Vornahme der über-

70) Die scheinbaren Ausnahmen, welche nach §. 1 J. de perp. et temp. act. 4, 12 und Theophil. ad h. l. angenommen werden durften, erweisen sich nach Gai. IV, 113 als unbegründet. S. Francke, Beiträge S. 25 f.

71) L. 8 §. 8 h. t. (s. oben S. 241).

72) A. a. O. S. 23. — Randa schweigt über diesen Punct.

73) L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2; l. 8 §. 6 h. t. (s. oben S. 255).

74) A. a. O. S. 221 N. 26.

nommenen Ausmeſſung verpflichtet; er haftet mit der actio in factum überhaupt erſt dann, wenn er dolos oder in grober Nachläſſigkeit ein falſches Ackermaß angegeben hat[75]); auch von ihm heißt es: civiliter obligatus non est[76]). Eben deshalb vererbt ſeine Verpflichtung nicht[77]). Uebrigens wird ſie ſogar als Delictsobligation behandelt[78]).

So liegt die Erklärung auch dieſer Eigenthümlichkeit nur darin, daß die Verpflichtung aus dem Precarium keine rechtsgeſchäftliche iſt[79]).

8) Für Verpflichtungen aus Schuldverträgen und quaſicontractlichen Rechtsgeſchäften iſt neben dem allgemeinen Gerichtsſtande auch der Gerichtsſtand des Erfüllungsortes begründet. Dieſer findet ex fide bona da ſtatt, wo nach den bei Begründung des Schuldverhältniſſes gegebenen Umſtänden die Abwickelung der eingegangenen Verbindlichkeit erwartet wird. Und dies kann namentlich auch der Ort ſein, wo das Schuldverhältniß entſtanden iſt[80]). Das Precarium nun entſteht da, wo der Precariſt precario zu beſitzen anfängt. Weil es jedoch durch den Widerruf des precario dans in jedem Augenblicke aufgehoben werden kann, ſo entſteht es, ſolange ein Widerruf nicht eintritt, gewiſſermaßen in jedem Augenblicke von neuem; und ſo kann man gerade auch den Ort,

---

75) L. 1 cit. §. 2; l. 5 pr. D. eod.

76) L. 1 §. 1 cit. eod.

77) L. 3 §. 5 i. f. eod.

78) L. 1 §. 1 cit. Iſt der mensor Sklav, ſo findet ſie deshalb gegen ſeinen Herrn als noxalis ſtatt, nicht de peculio. L. 3 §. 6 eod. Dem ſteht nicht entgegen l. 4 eod. Vgl. Ubbelohde, über die Berechnung des tempus utile der honorariſchen Temporalklagen S. 26.

79) Francke a. a. O. S. 23.

80) L. 19 §. 2 D. de iud. 5, 1, vgl. l. 65 eod. Wetzell, System des ordentlichen Civilprozeſſes §. 41 2. Aufl. S. 443 f. zu N. 11 ff.

an dem der Precariſt zur Zeit beſitzt, als Entſtehungsort ſeiner Verpflichtung anſehen. Wäre alſo die Verpflichtung aus dem Precarium eine rechtsgeſchäftliche, ſo würde für dieſelbe das forum solutionis entweder am Orte der erſten Beſitznahme des Precariſten begründet ſein, oder am Orte ſeines gegenwärtigen Beſitzes. Es ſagt jedoch l. 15 §. 5 h. t.: Quo quis loco precario aut possidet aut coeperit possidere, nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet. M. a. W. der Gerichtsſtand des Erfüllungsortes iſt gänzlich ausgeſchloſſen: die Verpflichtung des Precariſten entſpringt eben nicht aus einem Rechtsgeſchäfte.

Wider alle dieſe Gründe, welche mit der rechtsgeſchäftlichen Natur der Verpflichtung des Precariſten unvereinbar ſind, macht man freilich den Umſtand geltend, daß l. 23 D. de R. J. 50, 17 bei Zuſammenſtellung der Contracte nach der Haftung für Culpa das Precarium unter den Contracten aufführt.

Ulp. lib. 29. ad Sabin.:

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. etc.

Wenn dieſe Stelle überhaupt etwas für unſre Frage beweiſen könnte, ſo würde ſie zuviel beweiſen: zählt ſie doch unter den Contracten außer dem Precarium nicht nur auf dotis datio, tutela, negotia gesta[80a]), ſondern

80a) Die Beziehung des Ausdrucks contractus auf dieſe drei Verhältniſſe läßt ſich m. E. nicht, wie Bechmann, das römiſche Dotalrecht Bd. 1 S. 153 zu N. 1, für möglich hält, durch Hinweis auf das item ablehnen, mit welchem ſie „nur gleichſam anhangsweiſe aufgeführt ſind"; dazu ſtimmt weder ihre

auch rerum communio, die doch eine Verpflichtung zweifellos nicht aus einem Rechtsgeſchäfte begründet, ſondern aus einem thatſächlichen Zuſtande. Contractus bedeutet alſo in l. 23 cit. keineswegs Schuldvertrag, vielmehr jedes zweiſeitige Rechtsverhältniß, ſofern es eine Verpflichtung erzeugt. In der That würde auch Ulpian mit ſich ſelbſt in unlöslichen Widerſpruch gerathen, wenn er contractus hier als civilen Schuldvertrag gemeint hätte, während er in l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 aus dem nämlichen 29. Buche ad Sabinum jede civilis actio aus dem Precarium leugnet[81]). Uebrigens gebraucht derſelbe Ulpian auch anderswo den Ausdruck contractus ganz unbefangen für zweiſeitige Rechtsverhältniſſe der bezeichneten Art[82]); und dies darf um ſo weniger befremden, als nach der Lesart der Florentina Papinian in l. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2 ſogar das Teſtament als contractus aufführt[82a]).

10. Unter dieſen Umſtänden bleibt für die Natur der mit dem interdictum de precario geltend gemachten Verpflichtung nur Eine Erklärung übrig: ſie beruht auf einem Zuſtande. Dieſer Zuſtand beſteht darin, daß

Zuſammenfaſſung mit den vorher aufgezählten Verhältniſſen durch das nachfolgende in his (vgl. Pernice Labeo Bd. 2 S. 281 N. 2), noch die weitere Anreihung von societas und rerum communio, deren erſtere doch jedenfalls als contractus gelten muß.

81) Randa a. a. O. S. 221 N. 26 erklärt freilich, nach l. 23 cit., „deren Gewicht Ubbelohde vergeblich abzuſchwächen ſucht", müſſe „insbeſondere" l. 14 §. 11 cit. „als antiquirt betrachtet werden". Auch in Ulpians eignem Munde?!

82) In l. 1 §. 6 D. de pec. const. 13, 5 (lib. 27. ad ed. faßt er dos und tutela unter dieſen Ausdruck; und in l. 65 pr. D. de iud. 5, 1 (lib. 34. ad ed.) die dos.

82a) Mommſen freilich ſchlägt, um dieſen Anſtoß zu vermeiden, hier eine kleine Einſchaltung vor.

der Precariſt das Precarium hat, und zwar, obſchon erlaubterweiſe, doch ohne rechtlichen Grund[83]).

Randa[83a]) beſtreitet allerdings, daß der Precariſt ohne rechtlichen Grund habe, denn er habe die Sache mit dem Willen des Gebers. Gewiß! Allein dieſer Wille des Gebers, der freilich den Beſitz des Precariſten als iusta possessio erſcheinen läßt[84]), vermag demſelben ebenſo wenig eine rechtliche Grundlage zu gewähren, als der Wille des Schenkgebers bei einer verbotenen Schenkung unter Ehegatten dem verbotswidrig vom beſchenkten Theile erworbenen Beſitze eine ſolche gewährt: auch der verbotswidrig beſchenkte Gatte beſitzt unleugbar mit dem Willen des andern, gleichwohl aber sine causa; er haftet deshalb auf Herausgabe des Beſitzes mit der condictio sine causa[85]). Ohne rechtlichen Grund aber beſitzt der Precariſt gerade deshalb, weil gegenüber dem Geber ihm keinerlei Rechtsanſpruch darauf zuſteht, die Sache zu behalten; beide Wendungen ſagen freilich nicht das Nämliche, wohl aber laufen ſie auf dasſelbe hinaus[85a]).

In der That ſtimmen hierzu, und hierzu allein, ſämmt-

---

83) Dieſe Auffaſſung verdanke ich meinem verſtorbenen Collegen, Herrn Prof. Sigismund Loebell. Ich habe ihn bei meiner frühern Arbeit nur deshalb nicht als den Urheber jenes Gedankens bezeichnet, weil ich damals noch ungewiß darüber war, ob er nicht einen Vorgänger habe; dies iſt, wie ich jetzt annehme, in der That nicht der Fall.

83a) A. a. O. S. 137 N. 28.

84) L. 13 §. 1 D. de Publ. in rem 6, 2; l. 22 §. 1 D. de nox. act. 9, 4; l. 7 §§. 4 sq. D. comm. div. 10, 3.

85) L. 46 D. de donat. i. v. et u. 24, 1; l. 1 §. 10 D. de vi 43, 16; l. 1 §. 4 D. de a. p. 41, 2 vbd. mit l. 5 §§. 6 sq., l. 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. un. §. 5a Cod. de rei ux. act. toll. 5, 13. Windſcheid, Lehrb. Bd. 2 §. 509 zu N. 23 ff. §. 423 N. 1b.

85a) A. M. Randa a. a. O.

liche Ausſprüche der Quellen, welche ſich auf unſer Interdict und den mit dieſem verfolgten Anſpruch beziehen.

Ohne weiteres leuchtet dies ein hinſichtlich derjenigen Aeußerungen, welche das Interdict mit der rechtlichen Ungebundenheit des precario dans begründen[86]).

Nicht minder aber begreifen ſich ſo alle einzelnen Eigenthümlichkeiten des Precarium.

1) Wenn die mit dem Interdicte verfolgte Verpflichtung des Precariſten zur Rückgabe auf ſeinem grundloſen Haben beruht, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß neben ihr nicht eine Verpflichtung gleichen Inhalts möglich iſt, die auf der Zuſage der Rückgabe beruht. Denn wenn der Empfänger vertragsmäßig zur Rückgabe verpflichtet iſt, ſo hat er den Gegenſtand ſeiner Verpflichtung nunmehr auf den Rechtsgrund jener vertragsmäßigen Zuſage: ſeine Verpflichtung aus jener Zuſage bildet eben die causa, deren wegen der Gläubiger ihm gegeben oder gelaſſen hat.

Dementſprechend verſagt Julian die an ſich begründete condictio indebiti bezw. ob causam datorum causa non secuta gegen denjenigen, der als negotiorum gestor des Gläubigers eine vermeintliche oder wirkliche Schuld außergerichtlich eingezogen hat, aber die Genehmigung des Geſchäftsherrn nicht erlangt, wenn der Geſtor cautio de rato beſtellt hat[87]).

86) L. 1 pr. §. 2 h. t. (ſ. oben S. 199f.); l. 2 §. 2 eod. (ſ. oben S. 261); l. 14 eod. (ſ. oben S. 209); Paul. V, 6, 10 (ſ. oben S. 209f.).

87) L. 22 pr. §. 1 D. rat. rem 46, 8; cf. l. 16 pr. eod. — Nach Dücker a. a. O. S. 36f. gehört freilich dieſe Stelle gar nicht hierher. Der Schuldner habe lediglich geleiſtet, weil er als Aequivalent die Vertragsforderung erhalten habe, gar nicht unter der Vorausſetzung der nachfolgenden Genehmigung des Principals; es könne alſo von einer Bereicherung nicht die Rede ſein, geſchweige von einer wegen ermangelnder Vorausſetzung ungerechtfertigten, und die condictio ſei zu verſagen. Er ſieht nicht, daß es gerade das iſt, was ich

Wider die Unvereinbarkeit des grundlosen Habens mit dem Haben obligandi causa darf natürlich nicht die Thatsache angeführt werden, daß nach römischem Rechte auf Grund eines Innominatcontractes gleichzeitig die condictio ob causam datorum und die s. g. actio praescriptis verbis auf Erfüllung der contractlichen Zusage entsprangen. Denn diese elective Concurrenz beider Klagen ist nur da denkbar, wo beide ein verschiedenes Ziel haben: die eine Rückgabe des Empfangenen, die andre die zugesagte Gegenleistung. Gemäß der geschichtlichen Entwickelung der Innominatcontracte hatte der Vorleistende beim Ausbleiben der Gegenleistung ohne gleichzeitige Befreiung des Empfängers die Wahl, ob er seine Leistung quasi causa non secuta zurückfordern, oder, indem er dieselbe dem Empfänger ließ, diesen auf die zugesagte Gegenleistung belangen wollte. Die Wirksamkeit der Forderung auf die zugesagte Gegenleistung, m. a. W. die Forderung aus dem Schuldvertrage, war also an die Voraussetzung geknüpft, daß der Vorleistende es nicht vorziehen werde, seine eigne Leistung zurückzufordern. Eben diese Voraussetzung ist da schlechterdings sinnlos, wo auch die Forderung aus dem obligatorischen Vertrage lediglich auf Rückgabe des Empfangenen gehen müßte. Dies erhellt unmittelbar in dem Falle, wo der Empfänger keinerlei Anspruch auf das Behalten der Leistung haben soll, wie z. B. bei einer willkürlich widerruflichen Schenkung: hier bildet ja umgekehrt der Widerruf die

behaupte. Hätte aber derjenige, der als Gestor von einem wirklichen oder vermeintlichen Schuldner seines Principals Zahlung annimmt, nicht de rato cavirt, so würde er beim Ausbleiben der Genehmigung des Principals unbestreitbar auf Kosten des Zahlenden bereichert, und zwar ohne Rechtsgrund bereichert, und eben deshalb der condictio ausgesetzt sein. L. 6 §. 2 D. de cond. ind. 12, 6; l. 16 pr. D. rat. rem 46, 8. Durch Bestellung der cautio de rato wird die condictio ausgeschlossen.

unerläßliche Vorausſetzung für die Wirkſamkeit der vertragsmäßigen Verpflichtung zur Rückgabe. Es bleibt hier mithin nichts übrig, als entweder die Zuſage der Rückgabe für wirkungslos zu erklären, oder mit Rückſicht auf ſie das Haben des Empfängers nunmehr als rechtlich wohl begründet anzuſehen und deshalb die auf ein grundloſes Haben geſtützte Rückforderung auszuſchließen. Entſcheidend iſt bei dieſer Alternative die Erwägung, ob der Empfänger durch die Zuſage der Rückgabe in der That eine weitere Verpflichtung habe übernehmen wollen, als ihm ohne die Zuſage obgelegen haben würde. Dies nahmen die Römer, wie beim Depoſitum, ſo auch da an, wo die Rückgabe ſtipulirt war: hier gaben ſie ausſchließlich die Contractsklage[88]). Das Gegentheil nahmen ſie bei formloſer Zuſage an: hier ließen ſie lediglich die Klage wegen grundloſen Habens zu. Und um ſo weniger konnten ſie annehmen, daß jemand ſtillſchweigend die Rückgabe der empfangenen Leiſtung für den Eintritt derſelben Vorausſetzungen zuſage, unter denen er, wie ihm bekannt iſt oder bekannt ſein müßte, zu dieſer Rückgabe mangels der causa habendi ohnehin genöthigt werden kann. So ſteht es von vornherein feſt, daß das mortis causa Geſchenkte unter gewiſſen Vorausſetzungen dem Schenkgeber zurückgegeben werden muß, weil die Schenkung hinfällig geworden oder nicht zuſtande gekommen iſt. Trotzdem hat kein claſſiſcher Juriſt mit Rückſicht auf dieſe Möglichkeit in der Eingehung einer mortis causa donatio einen Innominatcontract erblickt[89]); ebenſo wenig in der Eingehung einer Schenkung unter Lebenden unter Vor-

88) Hinſichtlich der Stipulation ſ. l. 37 §. 3 D. de legat. III.

89) A. M. v. Savigny, Syſtem Bd. 4 §. 171 S. 253 und 255 ff., der unter Berufung auf l. 30 und l. 18 §. 1 D. de m. c. don. 39, 6 in einer m. c. donatio den Innominatcontract do ut reddas findet, aus dem die actio praescriptis verbis entſpringe. Allein die utilis actio, welche l. 30 cit.

behalt des Widerrufs oder unter einer andern Reſolutivbedingung oder auf Zeit[90]), ſoweit ſich eine ſolche ohne Stipulation der eventuellen Rückgabe überhaupt gültig bewirken ließ[91]).

---

neben die condictio (sine causa) ſtellt, iſt nicht die apokryphe actio praescriptis verbis, ſondern eine in rem actio. Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio S. 79f. Die in l. 18 §. 1 cit. neben der condictio aufgeführte in factum actio aber iſt ebenfalls nicht eine actio in factum civilis = praescriptis verbis, vielmehr die rescissoria actio, womit der Schenkgeber die ipso iure untergegangene Forderung gegen den von ihm ſchenkungshalber delegirten Schuldner gegen dieſen wieder geltend macht. Vgl. l. 21 §. 1 D. de donat. 39, 5. Auch l. 9 Cod. de don. 8, 53, l. 28 D. eod. 39, 5 und l. 8 Cod. de rer. perm. 4, 64, die v. Keller, Inſtitutionen S. 350, zu v. Savignys Unterſtützung anführt, beweiſen für jene actio praescriptis verbis nichts, da eben der entſcheidende Ausdruck in ihnen auf Interpolation beruht, während die von dem genannten Schriftſteller ebenfalls angeführte l. 22 Cod. de don. 8, 53 (Dioclet. a° 294) gar nicht von einer actio praescriptis verbis redet, ſondern von einer incerta civilis actio; und in l. 2 Cod. de don., quae sub modo 8, 55 der Schlußſatz, wonach die vorbehaltene Rückgabe erzwungen werden kann, dem ganz veränderten Reſcripte (Vat. fragm. §. 283) angehängt iſt. In claſſiſcher Zeit war die Erfüllung des Modus einer Schenkung wohl nur indirect durch Furcht vor der condictio ob causam datorum geſichert. Ueber l. 28 D. de don. 39, 5 cit. ſ. Grabenwitz, Interpolationen S. 130f. Vielleicht hielt Papinian auch in dem hier erörterten Falle jenen indirecten Zwang für ausreichend.

90) S. das in N. 89 über l. 9, l. 22 Cod. de don. 8, 53, l. 28 D. eod. 39, 5, l. 8 Cod. de rer. perm. 4, 64 Bemerkte.

91) Vgl. Vat. fragm. §. 283 cit.

Ganz entſprechend erblickte das claſſiſche Recht auch in der Dotalbeſtellung keinen ſtillſchweigenden Schuldvertrag zwiſchen Mann und Frau, obwohl ja auch hier unter

Es ist allerdings richtig, daß in manchen Fällen eine condictio sine causa i. w. S. mit einer Contractsklage electiv concurrirt. So kann der geleistete Ersatz für eine den Schuldner nicht befreiende Vereitelung der vertragsmäßigen Rückgabe einer Sache, wenn der Gläubiger hinterher die Sache selbst zurückerhält, sowohl mit der Contractsklage zurückgefordert werden, als mit der condictio sine causa causa finita[92]); ebenso die Arrha, wenn das Geschäft, bei dessen Abschlusse sie gegeben, rückgängig gemacht oder abgewickelt worden ist[93]). So kann der Verkäufer, der irrthümlich mehr geleistet hat, als er zu leisten verpflichtet war, dieses Mehr nicht nur als indebite geleistet condiciren, sondern auch mit der actio venditi zurückfordern[94]). Und wer sich für die ihm contractlich obliegende Rückgabe einer Sache vom Rückforderungsberechtigten erst noch besonders bezahlen läßt, der kann nach Belieben des Letztern entweder mit der Contractsklage oder mit der condictio ob turpem causam zur Herausgabe des turpiter acceptum angehalten werden[95]). Auch wird sich die Möglichkeit einer Concurrenz zwischen der condictio sine causa einerseits und der actio depositi und der actio pigneratitia für den Fall nicht bestreiten lassen, daß die in einem Beutel deponirten oder zu Faustpfand gegebenen Geldstücke durch zufällige Vermischung

bestimmten Voraussetzungen eine gesetzliche Rückgabepflicht eintrat. Vgl. Bechmann a. a. O. Bd. 1 §. 34. Und gerade deshalb, weil eine Hingabe mit Vorbehalt der Rückgabe keine iusta causa traditionis war, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit, mußte noch Paulus in l. 1 D. de J. D. 23, 3 die dotis causa als perpetua hinstellen.

92) L. 2 D. de cond. s. c. 12, 7.

93) L. 11 §. 6 D. de A. E. 19, 1.

94) L. 8 pr. eod., l. 35 D. de S. Pr. U. 8, 2; — l 32 D. de A. E. 19, 1.

95) L. 5 D. de tut. et rat. distr. 27, 3.

mit den im Beſitze des Depoſitars oder Fauſtpfandgläubigers befindlichen Geldſtücken ihre individuelle Erkennbarkeit verloren haben[96]).

Allein wer ſähe nicht, daß in allen dieſen Fällen diejenige Leiſtung, welche ſowohl mit einer Contractsklage als mit einer condictio sine causa i. w. S. eingeklagt werden kann, niemals die vertragsmäßig zugeſagte, bei Eingehung des Schuldvertrages bezweckte Leiſtung iſt? Die Anwendung der Contractsklage zu ihrer Erzwingung beruht lediglich auf äußeren Zweckmäßigkeitsgründen, nicht auf dem Inhalte der Schuldzuſage als ſolchem.

Randa[97]) iſt freilich der Meinung, es leuchte nicht ein, daß die Verpflichtung aus grundloſem Haben ihrem Weſen nach (logiſch) mit einer Vertragsobligation nicht concurriren könne; „man gedenke", ſagt er, „z. B. des Art. 83 der deutſchen Wechſelordnung, der durch eine unterliegende Contractsobligation gewiß nicht ausgeſchloſſen wird". Allein, indem mein Kritiker in entlegener Ferne nach einem Beweisgrunde wider meine Behauptung ſucht, läßt er die naheliegende Thatſache unbeachtet, daß der Gläubiger die Bereicherungsklage aus der von ſeinem Schuldner zahlungshalber eingegangenen Wechſelſchuld ſtets erſt dann anzuſtellen vermag, wenn er ſeine urſprüngliche Forderung nicht mehr geltend machen kann[98]): andernfalls iſt

96) Vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 5 Beil. XIV Nr. VI N. a. S. 518 f. Nicht dagegen gehören hierher l. 13 §. 1 D. dep. 16, 3 und l. 4 §. 1 D. de R. Cr. 12, 1, ſofern ſie wegen Unterſchlagung der vertragsmäßig anvertrauten Sache neben der Contractsklage die condictio furtiva geben. Vgl. l. 45, 46, 47 pr. D. pro soc. 17, 2; l. 34 §. 2 D. de O. A. A. 44, 7.

97) A. a. O. S. 137 N. 28.

98) Nämlich, weil er dem Schuldner gegen Zahlung der urſprünglichen Forderung den Wechſel nicht mehr rechtlich unverſehrt zurückliefern kann, deſſen Präjudicirung oder Verjährung aber

ja der Schuldner durch Erlöschen seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit gar nicht mit Schaden des Gläubigers bereichert.

Näher gelegen hätte die Concurrenz zwischen der Schuldklage auf Erfüllung und der condictio indebiti auf Rückgabe des vom Gläubiger jener Klage Geleisteten in dem Falle, wo dieser, statt von der Möglichkeit der Aufrechnung Gebrauch zu machen, seine eigne Verbindlichkeit erfüllt hat[98a]). Allein, ganz abgesehen davon, daß diese elective Concurrenz zwischen der condictio indebiti und der Schuldklage nicht bloß da stattfindet, wo die letztere auf einer Schuldzusage beruht, das Dasein einer solchen also völlig unwesentlich ist, wird selbst Randa schwerlich bestreiten, daß die condictio indebiti, auch wenn sie auf die gleiche Summe gerichtet ist, wie die Schuldklage, doch einen andern rechtlichen Inhalt hat als diese: sie geht eben nicht auf Erfüllung einer anderswie begründeten Verbindlichkeit, sondern auf Rückgabe des indebite Geleisteten. Eben deshalb muß die Schuldklage schon dann als ausgeschlossen gelten, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber erklärt, er wolle die condictio indebiti anstellen: denn damit hat er seine Forderung gegen seine eigne Schuld aufgerechnet. Jedenfalls aber kommt der condictio indebiti sachliche Bedeutung nur in dem Falle zu, wo sie auf mehr geht als die Schuldklage, namentlich auf Erstattung der Zinsen, die über den Augenblick hinausgezahlt worden sind, in welchem zuerst hätte compensirt werden können.

Dücker[98b]) glaubt, meine Behauptung mit folgendem Beispiele zu widerlegen. Jemand hat in der erklärten

sich anrechnen lassen muß. Römer, Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht Heft 1 S. 74 S. 88 ff.

98a) L. 10 §. 1 D. de comp. 16, 2.

98b) A. a. O. S. 36.

Vorausſetzung, er ſchulde einem Andern für eine gewiſſe Handlung Dank, dieſem eine Schenkung gemacht, dabei deren Rückgabe für den Fall ausbedingend, daß jene Vorausſetzung ſich als irrig herausſtellen ſollte. Hier kann er, falls dies geſchieht, die Rückgabe des Geſchenkten mit der Klage aus jener Zuſage verlangen; beleidigt ihn der Beſchenkte in einer ihn zum Widerrufe der Schenkung berechtigenden Weiſe, ſo hat er auf Rückgabe des Geſchenkten die condictio sine causa causa finita; und iſt die Schenkung nicht inſinuirt, ſo geht auf den Betrag, zu welchem ſie 500 Ducaten überſteigt, ebenfalls eine condictio sine causa. Ganz gewiß! Aber ſind in der That die mit der condictio sine causa verfolgbaren Anſprüche identiſch mit dem Anſpruche aus der bedungenen Rückgabe? M. E. concurriren ſie nicht nur nicht, ſondern ſchließen einander wechſelweis aus: der letzte ſetzt das rechtsgültige Beſtehen der Schenkung voraus, die beiden anderen ſetzen umgekehrt voraus, daß die Schenkung zu dem condicirten Mehr von vornherein ungültig, oder daß ſie infolge des Widerrufs hinfällig geworden ſei. Ja, wenn in dem Falle, wo die Vorausſetzung der Schenkung ſich als irrig erweiſet, der Schenkgeber die Wahl hätte zwiſchen der condictio sine causa und der Klage aus der Zuſage der Rückgabe! Und nur dies iſt es, was ich noch immer beſtreite.

Daß die Concurrenz des interdictum de precario mit der actio locati auf die merces, welche dem precario dans aus einer gleichzeitig mit der precarii concessio abgeſchloſſenen locatio zu fordern hat, mit unſrer Auffaſſung des Precarium durchaus vereinbar iſt, haben wir bereits dargelegt[99]). In der That handelt es ſich hier gar nicht um eine elective Concurrenz beider Rechtsbehelfe, ſondern um eine cumulative.

99) S. oben Ziffer 4.

Nicht anders steht es im Falle der l. 22 §. 3 D. de pign. act. 13, 7.

Ulp. lib. 30. ad ed. Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur.

Nach der Inscription bezog sich die Stelle ursprünglich auf die fiducia pignoris causa contracta[100]). Gewiß verpflichtete der contractus fiduciae den fiduciae dans, dem Fiduciargläubiger den juristischen Besitz der Fiducia zu gewähren[1]). Allein jedenfalls seit Anerkennung des constitutum possessorium mußte diese Verpflichtung als erfüllt gelten, sobald der fiduciae dans dem Gläubiger für die weitere Benutzung der Fiducia eine merces zusagte; und wohl von jeher galt sie als erfüllt, wenn er dem Gläubiger durch precarii rogatio einen Rechtsbehelf auf augenblickliche Herausgabe des Besitzes verschafft hatte, der nichts weiter voraussetzte, als den Nachweis der precarii rogatio[2]). Damit war dann die Möglichkeit der fiduciae contraria actio auf Uebertragung des Besitzes der Fiducia geradeso abgeschnitten, wie die actio empti nicht mehr auf Tradition der Waare geht, nachdem der Verkäufer die letztere vom Käufer gemiethet oder gepachtet hat. M. a. W. die Herausgabe der naturalis possessio konnte jetzt nur mit der actio locati oder dem interdictum de precario gefordert werden; beide Klagen aber waren unabhängig davon, ob der Gläubiger die Fiducia pfandmäßig veräußert hatte oder nicht: die actio locati war nata, sobald die Zeit des contractlich zugesicherten Gebrauches abgelaufen war, das interdictum de precario ließ sich jederzeit erwirken. Wie nun aber, wenn der

100) S. Lenel in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 3 roman. Abth. S. 108 f. und Palingenesia vol. II col. 618 Nr. 903.

1) Oertmann, die Fiducia im römischen Privatrecht S. 209.

2) Vgl. oben Ziffer 7.

fiduciae dans den Fiduciar dadurch geschädigt hatte, daß er ihm die Fiducia auch nach deren pfandmäßigem Verkaufe nicht herausgab? Soweit dieses Verhalten des fiduciae dans seiner Verpflichtung ex locato zuwiderlief, haftete er ohne Frage dem Fiduciar auf Schadenserſatz auch mit der actio ex locato; im Falle des Precarium dagegen haftete er für den vor Erlaß des Interdictes erwachsenen Schaden nur mit der actio fiduciae contraria.

Auch hier also verfolgen Interdict und Contractsklage ganz verschiedenartige Ziele: jenes Herausgabe des Besitzes, diese Ersatz des durch widerrechtliche Besitzvorenthaltung entstandenen Schadens.

An diesem Verhältnisse hat sich auch dadurch nichts geändert, daß statt der Beziehung auf die Fiducia diejenige auf das Faustpfand interpolirt worden ist[3]).

2) Unverträglich mit dem Precarium ist die Vereinbarung einer Befristung zugunsten des Precaristen: sie würde ihm gegenüber dem precario dans den Anspruch geben, den Gegenstand des Precarium bis zum Ablaufe der Frist zu behalten: damit aber würde das Wesen des Precarium aufgehoben sein, das eben im unberechtigten Haben besteht. Höchstens das könnte im Einzelfalle zweifelhaft erscheinen, ob jene Befristung wirkungslos bleibe, oder ob nicht vielmehr das eingegangene Verhältniß eben infolge der Befristung statt eines Precarium eine Vertragsobligation werde, etwa ein Commodat oder eine locatio conductio oder ein verwandter Innominat-

3) Die vorstehende Auffassung der l. 22 §. 3 cit. scheint mir den Vorzug zu verdienen vor der, früher von mir angenommenen, Auffassung Dernburgs, Pfandrecht Bd. 1 S. 167f., wonach der Rechtsgrund der contraria actio in der kraft der Eingehung des Pfandcontractes vom Pfandgeber übernommenen, und durch die conductio oder precarii concessio des Pfandes nicht berührten, Verpflichtung beruht, den Gläubiger bis zur Tilgung der Pfandschuld im Besitze des Pfandes zu belassen.

contract. Der gebrauchte Ausdruck „precario dare“ oder dergl. ist für die Auslegung nur dann entscheidend, wenn es gewiß ist, daß die Parteien damit eben ein Hingeben auf willkürlichen Widerruf gewollt haben: denn alsdann kann der beigefügte Termin selbstverständlich nicht bezwecken, den Hingebenden zu binden. Für die Entscheidung der l. 12 pr. h. t.[4]), welche mit voller Bestimmtheit ein Precarium annimmt und deshalb der Befristung alle Bedeutung abspricht, liegt der Grund wohl in einem andern Umstande. Es soll in dem entschiedenen Falle der Empfänger juristischen Besitz der hingegebenen Sache erwerben (possideat — ne ante ei possessio auferatur). Damit aber ist, wie wir sehen werden[5]) nach römischer Auffassung weder ein Commodat vereinbar, noch die locatio conductio rei, noch ein auf die Ueberlassung der Nutzung einer Sache für bestimmte Zeit gerichteter Innominatcontract.

Dagegen verträgt es sich mit der Wirkungslosigkeit einer Befristung zugunsten des Precaristen recht wohl, daß ein Precarium ad tempus gegeben werden kann. Daß dies freilich nicht bei jeder Anwendung des Precarium zulässig ist, namentlich nicht da, wo das Precarium ein Seitenstück der Schenkung bildet, haben wir bereits bemerkt[6]). Wo aber dem Pfandgeber die Fiducia oder das Faustpfand precario belassen, oder dem Käufer die Waare precario gegeben wird, da ist es durchaus begreiflich, daß dies nur für die Frist geschieht, innerhalb deren der precario dans Erfüllung der Pfandforderung oder Berichtigung des Kaufpreises erwartet. Hier ist es trotz der Befristung keineswegs der primäre Wille des precario

4) S. oben S. 245f.
5) S. unten §. 1850 Ziffer 16 nach N. 81.
6) S. oben Ziffer 6 S. 289.

dans, den Besitz der Sache spätestens mit Ablauf der Frist zurückzuerhalten; folglich begründet auch die Befristung nicht die vertragsmäßige Verpflichtung des Precaristen, die Sache spätestens alsdann zurückzugeben. Uebrigens wird durch die Befristung die Stellung des Precaristen durchaus nicht verbessert: sie wird vielmehr, wie wir bereits wissen, verschlechtert, sofern er mit Ablauf der Frist fortan als malae fidei possessor haftet[7]), wenn nicht eine stillschweigende Erneuerung des Precarium eintritt; und sofern er selbst bei irriger Annahme einer solchen redintegratio precarii wenigstens die fructus exstantes herausgeben muß, welche er nachher noch gezogen hat.

Nach Einführung der theodosianischen Klagverjährung bewirkt der Ablauf der Frist, daß mit der Erneuerung des Precarium eine neue Verjährung der actio ex causa interdicti beginnt[8]).

3) Weil der Precarist die ihm überlassene Sache ohne Rechtsgrund hat, ist er rechtlich außerstande, vom precario dans Vermittelung eines Schutzes gegen die Angriffe Dritter auf die Sache oder deren Innehabung zu begehren. Er würde also solchen Angriffen gegenüber schutzlos sein, wenn ihm nicht die Schutzmittel des Besitzes gegeben wären, d. h. wenn er nicht selbst als juristischer Besitzer der Sache gälte. Solange man den Begriff des juristischen Besitzes durch den animus possidendi zu bestimmen versucht, muß man entweder, wie dies meistens geschieht, im Besitze des Precaristen, wie in demjenigen des Faustpfandgläubigers und des Sequesters, eine mehr oder minder ungerechtfertigte Besonderheit sehen; oder man muß sich, wie ich es früher gethan habe,

7) S. oben Ziffer 3 S. 245f.

8) v. Vangerow, Pandekten Bd. 3 §. 691 unter II. 7. Aufl. S. 607.

erfolglos bemühen, dem Precaristen im Gegensatze zum Commodatar wie zum Pächter und Miether jenen animus beizulegen[9]). In der That ist es, wie v. Ihering[10]) m. E. voll überzeugend dargelegt hat, nicht der Wille des Inhabers, sondern der Rechtsgrund, die causa, der Innehabung, was den Besitzschutz verschafft, m. a. W. den Inhaber zum juristischen Besitzer macht.

Daran darf es auch nicht irremachen, daß mitunter der Precarist nur Detentor ist. Nämlich überall da, wo er für die ihm thatsächlich gewährte Nutzung der Sache eine merces zu entrichten hat, und kraft besonderer Vereinbarung auch ohne das[11]). In keinem beider Fälle ist der precario dans verpflichtet, dem Precaristen Rechtsschutz gegen Angriffe auf dessen Detention der Sache zu gewähren. Wo der precario dans für die Gewährung der Nutzung eine merces erhält, die natürlich mit dem Aufhören der Nutzung wegfällt und mit deren Schmälerung sich wenigstens mindert, da wird er sich freilich durch die Rücksicht darauf oft veranlaßt fühlen, dem Precaristen die ihm von einem Dritten entzogene Detention zurückzuverschaffen und ihn gegen Störung darin zu sichern: allein selbst in diesem Falle und vollends da, wo eine merces für die Nutzung nicht stattfindet, bleibt das Einschreiten des precario dans zugunsten des Precaristen überaus ungewiß. Trotzdem ist auch hier die Lage des Letztern nicht ganz aussichtslos. Wie wir nämlich gesehen haben, kommt das Precarium der bloßen Detention nur da vor, wo das Geschäft ein Seitenstück zur Schenkung

9) Archiv Bd. 59 S. 234ff. Aehnlich Dankwardt a. a. O. S. 303f.; Randa a. a. O. S. 567ff. Dagegen mit Recht Windscheid, Lehrb. Bd. 1 §. 154 N. 4.

10) Besitzwille S. 399f., S. 406f. S. auch unten §. 185 Ziffer 16—19.

11) L. 6 §. 2 h. t. (s. oben S. 217); l. 21 eod. (s. oben S. 203).

nicht ist, also wo sein Gegenstand in der Fiducia, dem Faustpfande, der Waare besteht. In diesen Fällen aber liegt eine Nöthigung des precario dans, Eingriffe Dritter von der Sache abzuwehren, in der Verantwortlichkeit für die Sache, welche aus dem neben dem Precarium stehenden Contracte für ihn erwächst: jene Nöthigung kommt dem Precaristen wenigstens in seiner Eigenschaft des fiduciae dans, Faustpfandgebers, Käufers zugut.

Was wir vom juristischen Besitze des Precaristen beim precarium rei gesagt haben, gilt entsprechend für das Precarium einer Gerechtsame. Auch dieses gewährt regelmäßig dem Precaristen die Schutzmittel der iuris quasi possessio; ohne diese wird es wohl kaum anders vorkommen, als da, wo der Precarist für die ihm überlassene Nutzung eine merces zu entrichten hat.

4) Beruht die Haftung des Precaristen wegen des precario habere auf ungerechtfertigter Bereicherung, so ist es nicht befremdlich, daß ein erwerbsfähiger Pupill durch Annahme eines Precarium ohne tutoris auctoritas verpflichtet wird.

5) An sich haftet der Precarist nur, weil und soweit er die precario ihm gegebene Sache precario auch hat. Seinem wirklichen Haben aber stellt das Edict das dolo malo fecisse, ut desineret habere, gleich[12]); und die Jurisprudenz hat dies erstreckt auf den Verlust des Habens durch grobes Verschulden. v. Ihering[13]) freilich hält diese Erstreckung nicht für einen in der römischen Praxis feststehenden Satz, meint vielmehr, die Art, wie Ulpian sie in l. 8 §. 3 h. t. ausspreche: culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit, zeige, daß er damit nur eine individuelle Ansicht äußere. Allein derselbe Ulpian fragt in l. 8 cit. §. 6 ganz bestimmt:

12) L. 2 pr. h. t. (s. oben S. 199).
13) A. a. O. S. 401.

Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire; und die nämliche Erstreckung der im Edicte auf dolus malus abgestellten Haftung auf lata culpa findet sich ohne Spur eines fortdauernden Widerspruchs auch in anderen Verhältnissen von Ulpian bezeugt[14]). Wir dürfen demnach getrost annehmen, daß jenes „quis merito dixerit“ nichts Weiteres ist, als ein höflicher Ausdruck für eine zu Ulpians Zeit allgemein anerkannte Wahrheit. Jedenfalls aber muß doch auch Ulpians Ansicht mit dem Wesen des Precarium in Einklang zu bringen sein; wir verstehen also dieses nur dann, wenn es uns auch bei seiner Ansicht begreiflich bleibt[14a]).

---

14) So hinsichtlich des Edicts über die Editionspflicht der argentarii in l. 8 pr. D. de edendo 2, 13; vgl. Lenel ed. perp. S. 53 zu N. 2; — hinsichtlich des Edicts über den mensor. qui falsum modum dixit, in l. 1 §. 1 D. si mensor 11, 6; vgl. Lenel a. a. O. S. 172 zu N. 6; — hinsichtlich des Edicts über den testamentarisch Freigelassenen, der zwischen dem Tode des Herrn und dem Antritte von dessen Erbschaft den Nachlaß geschädigt hat, in l. 1 §. 2 D. si is, qui testam. 47, 4; vgl. Lenel a. a. O. S. 266 zu N. 5; — hinsichtlich des Edicts über die missio legatorum servandorum causa in die Nachlaßstücke, quae in causa hereditaria sunt dolove malo heredis esse desierunt, in l. 5 §. 15 D. ut in poss. legat. 36, 4; vgl. Lenel a. a. O. S. 297 zu N. 12; — vielleicht auch hinsichtlich des Edicts über die Klage gegen denjenigen, der auf die interrogatio in iure, an heres sit, nicht geantwortet hat, in l. 11 §. 11 D. de interr. in iure 11, 1; vgl. Lenel a. a. O. §. 54 a. E., der freilich ein „dolo malo“ vor „non respondit“ nicht anführt.

14a) Falsch übrigens ist es, mit Dankwardt a. a. O. S. 292 N. 1 und S. 310 N. 2 dem Precaristen gegen die actio legis Aquiliae ein doli exceptio zu geben. Wie diese exceptio bei der dolo oder lata culpa verübten Vernichtung oder Beschädigung der Sache begründet werden soll, ist

Gewiß hat es auf den ersten Blick etwas höchst Auffallendes, daß der Precarist nur für dolus oder doch nur für dolus und lata culpa haftet, obgleich er unleugbar aus dem Precarium Vortheil hat.

Ohne Zweifel haben wir die Erklärung dieser geringen Haftung im Wesen des Precarium zu suchen. Aber schwerlich ist sie mit der einfachen Bemerkung gefunden, daß sie aus dem Begriffe des Precarium folge, wie Dankwardt[15]) sagt. Auch Randa[16]) weiß nichts Anderes zu äußern, als die zweifelnde Vermuthung, vielleicht hänge dies mit der ältern Auffassung des Precarium zusammen, d. h. mit derjenigen Auffassung, die der Genannte mit Einführung der vermeintlichen actio praescriptis verbis für beseitigt ansieht.

v. Ihering[17]) will die geringe Haftung des Precaristen, die er, wie wir gesehen haben, sogar auf Dolus begrenzt, daraus erklären, daß der Precarist sich selbst schade, wenn er die ihm anvertraute Sache schädige, es also nicht nöthig sei, den precario dans gegen eine andre vom Precaristen ihm drohende Gefahr zu schützen, als gegen die (dolose) Veräußerung der Sache, denn diese schädige lediglich den precario dans, nicht den Precaristen. Deshalb sei die Frage von der Haftung für culpa lata in der (römischen) Praxis gar nicht aufgetaucht. Zum Vergleiche zieht v. Ihering die hypothekarische Ver-

---

schlechterdings unverständlich: allein selbst eine levis culpa in faciendo wird dadurch nicht straffrei, daß der Thäter die Sache als Precarium oder Depositum hat; nur insofern können diese Verhältnisse die Ausschließung der actio legis Aquiliae bewirken, als sie eine körperliche Berührung der Sache, die ohne sie schon an sich ein Verschulden enthält, erlaubt erscheinen lassen.

15) A. a. O. S. 310 N. 2.

16) A. a. O. S. 139 N. 30a.

17) A. a. O. S. 400ff.

pfändung heran, bei welcher in den Quellen nirgends der Haftung für culpa lata des Pfandgebers gedacht werde. Es sei nur ein Scheingrund, wenn man diese Thatsache darauf zurückführen wolle, daß durch Bestellung einer Hypothek kein obligatorisches Verhältniß zwischen Pfandgläubiger und Pfandgeber begründet werde. Hätten es die Römer für praktisch geboten erachtet, daß der Hypothekarschuldner dem Gläubiger auch für culpa hafte, so würden sie es an dem entsprechenden Rechtssatze hier so wenig wie sonst haben fehlen lassen, und die Juristen würden daraufhin das Verhältniß für ein obligatorisches erklärt haben. Die Nichtannahme eines obligatorischen Verhältnisses seitens der Theorie sei lediglich der constructive Ausdruck dafür, daß das Recht die Anordnung einer Haftung des Pfandschuldners für culpa nicht für erforderlich gehalten habe.

Wir wollen es nun einmal als ganz unzweifelhaft annehmen, daß der Schuldner für culpose Beschädigung und culposen Verlust der von ihm verpfändeten Sache vor Anstellung der hypothecaria in rem actio dem Pfandgläubiger in keinem Falle hafte[18]). Daraus würde dann

---

18) So zweifellos ist freilich wenigstens hinsichtlich der aquilischen Culpa die Sache nicht. Man könnte ein Zeugniß für v. Jherings Ansicht in l. 27 D. de pign. 20, 1 erblicken. Hier giebt Marcellus dem Pfandgläubiger bei Tödtung des verpfändeten Sklaven durch den verpfändenden Eigenthümer die actio ad exhibendum, bei Beschädigung des Sklaven durch diesen eine quasi damni iniuriae actio gegen letztern, beides jedoch nur, wenn dem Gläubiger eine Klage aus der Pfandforderung nicht zusteht; Ulpian aber bemerkt dazu, sei die Beschädigung durch Fesseln des Sklaven bewirkt worden, so hafte der Pfandgeber, si, ut creditori noceret, vinxit, — si merentem, hafte er nicht. Das scheint also seine Haftung auf Dolus zu beschränken, ja sogar auf die Absicht der Schädigung des Gläubigers. Dazu stimmt jedoch

allerdings folgen, daß die Römer die Haftung des pfandgebenden Schuldners für dergleichen nicht als erforderlich ansahen; — keineswegs aber ist damit auch erwiesen, daß sie dies aus dem Grunde nicht thaten, weil das eigene Interesse des Pfandgebers ihn vor derartiger Schädigung zurückhalten werde. Der Grund liegt vielmehr an einer wesentlich verschiedenen Stelle. Das ganze Interesse des Gläubigers am Pfande besteht in der Sicherung seiner Forderung. Wird diese durch Beschädigung oder durch Verlust des Pfandes nicht beeinträchtigt, so ist er dadurch überhaupt nicht geschädigt. Beeinträchtigt aber ist die Sicherheit seiner Forderung nicht, solange er im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners auch ohne Benutzung seines Pfandrechts Befriedigung zu erlangen vermag. Ist dies jedoch nicht mehr möglich, so hilft es ihm auch nichts, den Schuldner wegen seines Gebahrens mit dem Pfande verantwortlich machen zu können[19]).

---

nicht l. 17 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Ulp. lib. 18. ad ed.: Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur. Denn hier wird zwischen dolus und culpa nicht unterschieden. Demnach ist Ulpians Bemerkung in l. 27 cit. nicht auf den Gegensatz von dolus und Nicht-dolus zu beziehen, sondern auf denjenigen von damnum iniuria datum und damnum iure datum, beweiset also gegen v. Jhering.

19) Dies gilt natürlich auch für den Fall dolos er Beschädigung oder dolos en Verlustes des Pfandes. Wir werden demnach Ulpians Bemerkung in l. 27 cit. nicht mit Dernburg, das Pfandrecht Bd. 2 S. 402f., als Gegensatz zu der Entscheidung des Marcellus aufzufassen haben, d. h. nicht dahin, als ob Ulpian dem Pfandgläubiger eine actio damni iniuria dati gegen den Pfandgeber auch dann gewähre, wenn dieser eine persönliche Klage zur Beitreibung seiner Schuld gegen ihn hat; sondern als eine genauere Be-

Ergiebt hiernach jener Hinweis auf die Nichthaftung des Schuldners für culpose Schädigung der von ihm bestellten Hypothek für v. Iherings Begründung der Nichthaftung des Precaristen für Culpa gar nichts, so zeugt gegen diese Begründung die Haftung des Ehemanns für Culpa hinsichtlich der Dotalsachen. Auch hier haben wir es zu thun mit dem Eigenthümer der Sachen, um deren Beschädigung oder Verlust es sich handelt; und, selbst davon ganz abgesehen, daß im classischen Rechte beim Tode der Frau in der Ehe jedenfalls die dos adventicia dem Manne verblieb, schneidet er, dem ja während der Ehe die Nutzungen und Aufkünfte der Dotalsachen zukommen, auch hier, um mit v. Ihering zu reden, in sein eigenes Fleisch, wenn er das Dotalgrundstück verwildern, das in dotem gegebene Haus verfallen läßt, wenn er die Dotalsklaven nicht gehörig ernährt, sie in Krankheitsfällen nicht ordentlich pflegt: gleichwohl haben die Römer durchaus nicht geglaubt, etwas sehr Ueberflüssiges damit zu thun, daß sie den Mann mit der Dotalklage dafür haftbar machten, wenn er auf die Dotalsachen nicht die gleiche Sorgfalt verwendet hatte, welcher er sich bei der Behandlung seiner nicht zur Dos gehörigen Sachen fähig erwies[20]).

---

stimmung des Thatbestandes in dem von Marcellus erörterten Falle der Schädigung durch Fesselung des Sklaven auf Grundlage der Entscheidung des Marcellus, d. h. eben nur für den Fall, daß der Gläubiger eine Klage aus der Pfandforderung nicht hat. Und diese Voraussetzung werden wir demnach auch in l. 17 D. ad leg. Aquil. 9, 2 als selbstverständliche ergänzen müssen.

20) L. 17 pr. (l. 72 §. 1) D. de J. D. 23, 3; l. 18 §. 1; l. 24 §. 5; l. 25 §. 1; l. 66 pr.; l. 67 D. sol. matr. 24, 3.

Aehnlich ist es hinsichtlich der unter einer Bedingung oder einer Befristung zu Eigenthum vermachten Erbschaftssachen: vor Eintritt der Bedingung und vor Ablauf der Frist sind

Und ist es denn in der That etwas so Unerhörtes, daß der Eigenthümer oder überhaupt jemand, der zunächst sich selbst damit schädigt, eine Sache vernachlässigt? Ist nicht vielmehr eine derartige Vernachlässigung gerade dann etwas sehr Gewöhnliches, wenn derjenige, dem die Obhut der Sache in eignem Interesse obliegt, mit mehr oder weniger Gewißheit erwartet, diese Sache einem Andern herausgeben zu müssen? Wie vollends, wenn der Precarist bereits außergerichtlich zur Rückgabe des Precarium aufgefordert war?

Bleiben desungeachtet die Römer bei jener beschränkten Haftung des Precaristen stehen, so wird demnach der rechtfertigende Grund dafür nicht zu suchen sein in ihrer Ungefährlichkeit für den precario dans, sondern in dem Wesen des zwischen diesem und dem Precaristen bestehenden Verhältnisses.

Gewiß ist dies ein Schuldverhältniß, — aber ein solches, das nicht aus einem Schuldvertrage entspringt, d. h. nicht daraus, daß der Precarist sich durch Annahme des Precarium zu dessen Rückgabe anheischig macht; sondern ein solches, das aus seinem rechtlich grundlosen Haben entspringt. Treffend sagt Pernice[21]): „Es ist klar, weshalb (der Precarist) nicht (wie der Commodatar auch für Culpa haftet); nämlich, weil kein Vertragsverhältniß zwischen den Parteien besteht, durch das der

---

sie Eigenthum des belasteten Erben, der nicht nur die Aussicht hat, bei Fehlschlagen der Bedingung oder bei Ausschlagen des Vermächtnisses seitens des Legatars ihr Eigenthum dauernd zu behalten, sondern unter allen Umständen inzwischen zu ihrer vollen Nutzung berechtigt ist; gleichwohl aber haftet er dem Legatar sogar für omnis diligentia, da er infolge der lex Falcidia aus dem Erbschaftserwerbe ja einen Vortheil hat. L. 47 §. 5; l. 108 §. 2 D. de legat. I.

21) Labeo Bd. 2 S. 396.

Precarist zur Sorgfalt verpflichtet werden könnte[22])." Auf den Willen der Parteien aber läßt sich das nur insofern zurückführen, als dieser eben principaliter nicht auf die Rückgabe gerichtet ist; nicht dagegen deshalb, wie Windscheid[23]) meint, weil sie nicht wollen, daß an die im Precarium liegende Dienstverweisung „der streng juristische Maßstab angelegt werde". Woran in aller Welt sollte man ein derartiges „Nichtwollen" erkennen! Und wäre ein solches „Nichtwollen" in der That imstande, eine gemäß der Rechtsordnung gebotene Haftung auszuschließen?

Sah sich aber, lange bevor die römische Jurisprudenz die condictio sine causa auf grundlosen Besitz als solchen erstreckt hatte, der Prätor veranlaßt, wegen des precario habere unser Interdict aufzustellen, so darf es nicht überraschen, wenn er seinen neuen Rechtsbehelf auch für den Fall gab oder doch schon frühzeitig erweiterte[23a]), daß der Precarist sich dolo malo jenes Habens entäußert hatte, wie er ja auch bei anderen restitutorischen Interdicten das dolo malo possidere desiisse dem wirklichen possidere ausdrücklich gleichstellte[24]). Und nicht minder begreiflich ist es, daß die fortschreitende Jurisprudenz der absichtlichen Entäußerung oder Vernichtung eine solche Vernichtung oder Beschädigung gleichstellte, welche nur bei gewissenloser Gleichgültigkeit gegen das

22) Aehnlich Dernburg, Pandekten Bd. 2 §. 91 zu N. 8.

23) Lehrbuch Bd. 2 §. 376 7. Aufl. S. 384.

23a) Jedenfalls bevor auf Labeos Auctorität das dolo malo desinere habere bei Interdicten dem habere allgemein gleichbehandelt wurde. S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 336 ff.

24) So beim Quorum bonorum, Quod legatorum, Quem fundum, Quam hereditatem. L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2; l. 1 §§. 8—10 D. quod legat. 43, 3; Ulp. Vindob. §. 4 (K.). S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 333 zu N. 9 ff.

Recht des precario dans möglich geworden war, oder doch infolge einer Nachläſſigkeit, die jeder Mündige sanae mentis hätte vermeiden können.

In dieſer Erſtreckung iſt das Interdict eine reine Delictsklage[25]), gerade wie die actio ad exhibendum, die rei vindicatio und die hereditatis petitio gegen den, qui dolo malo possidere desiit.

6) Nur unter der Vorausſetzung, daß der Precariſt ſelbſt, ſolange er precario habet, mit unſerm Interdicte wegen ungerechtfertigter Bereicherung haftet, begreift es ſich, daß auch ſein Erbe mit eben jenem Interdicte als precario habens lediglich dann haftet, wenn er den ſeinem Erblaſſer anvertrauten Beſitz in der Abſicht ergriffen hat, ihn ebenfalls precario von dem precario dans ſeines Erblaſſers zu üben[26]), während ein Beſitz der dem Erblaſſer precario gegebenen Sache in andrer Abſicht ihn anderen Klagen ausſetzt.

7) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß mit der Erſtreckung der condictio sine causa auf den ungerechtfertigten Beſitz dieſe Klage zur Auswahl neben unſer Interdict trat[27]).

Die condictio incerti bot vor dem Interdicte den Vortheil, daß mit ihr auch das Intereſſe des Klägers an der Verzögerung der Rückgabe nach außergerichtlicher Mahnung eingefordert, m. a. W. ihr gegenüber der Precariſt in rechtlich wirkſamen Verzug geſetzt werden konnte, während dem Interdicte gegenüber die Wirkungen des Verzuges ausgeſchloſſen blieben[28]). Und dieſer Unterſchied

25) Jedenfalls nach der Auffaſſung der ſpäteren römiſchen Juriſten. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 255 zu N. 4. L. 52 D. de R. V. 6. 1.

26) S. oben Ziffer 3 S. 241 f.

27) L. 19 §. 2 h. t. (Julian.). S. oben S. 261.

28) S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838 c Ziffer 103 S. 241 ff.

hat sich auch nach Untergang des Interdictenverfahrens behauptet, seitdem perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset[29]).

Zweifelhaft könnte es sein, ob gegenüber der condictio possessionis nicht eine doli exceptio zwecks Ersatzes bezw. Wegnahme der vom Beklagten gemachten Verwendungen stattfinde. Soviel mir bekannt, erwähnen die Quellen einer solchen exceptio nicht; demnach ist ihr nicht stattzugeben: in dieser Beziehung steht also der Beklagte bei der Condictio nicht anders, als beim Interdicte.

Das Interdict bot vor der Condictio die Vorzüge des Interdictenverfahrens; von diesen ist bei Justinian noch die dem Ermessen des Richters anheimgestellte allgemeine Beschleunigung übrig geblieben[30]).

11. Wie wir gesehen haben[31]), ist unser Interdict keine Klage zum Schutze des Besitzes. Demnach ist es nicht erforderlich, die Darstellung seiner spätern Anwendung bis zur Darstellung der nachclassischen Umgestaltung der Besitzklagen zu verschieben; vielmehr empfiehlt es sich, des Zusammenhangs wegen jene spätere Anwendung sogleich hier zu betrachten.

Der Untergang des alten Interdictenverfahrens hat auf unser Interdict keine weitere Einwirkung geäußert, als die allgemeine und rein processuale, daß seither perinde iudicabatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Dagegen scheint es auf den ersten Blick geboten, eine grundsätzliche Umwandelung der durch das Interdict

---

29) Daselbst §. 1840 Ziffer 124 S. 464 f. Irrig ist im Archiv a. a. O. S. 254 das Gegentheil von mir gesagt worden.

30) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 103 S. 458 ff.

31) Ziffer 7.

verfolgten Verpflichtung des Precaristen von dem Augenblicke anzunehmen, in welchem zur Auswahl neben dasselbe die civilis actio sicut commodati der Receptae Sententiae des Paulus oder die actio praescriptis verbis der Pandekten trat. Wenn nämlich damit in der That das bis dahin nur als Besitzvertrag wirkende Precarium zu einem Innominatcontracte geworden war, durch welchen der Precarist sich zur Rückgabe des Precarium verpflichtet, so war nothwendig zugleich der gesammte Aufbau der ursprünglichen Zustandsobligation des Precaristen in sich zusammengefallen.

Indessen belehrt uns eine unbefangene Betrachtung sowohl der westgothischen Ueberlieferung der Receptae Sententiae, als der Pandekten Justinians, daß dem keineswegs so ist. Beide tragen neben der Anführung jener neuen Klagen ohne jedes Bedenken Sätze vor, welche sich nur auf der alten Grundlage der Zustandsobligation erklären lassen. — Der westgothische Paulus rechtfertigt die Aufstellung seiner interdicti actio mit der Erwägung, es dürfe niemand infolge einer von ihm erwiesenen Wohlthat Unbill leiden[32]; als Rechtfertigung einer Schuldzusage würde dies einfach abgeschmackt sein; — nach dem westgothischen Paulus haftet der Erbe des Precaristen durchaus nicht regelmäßig mit dem interdictum de precario[33], während doch eine Vertragsschuld unbedingt vererbt, soweit nicht etwa, wie bei der Schuld des sponsor und des fidepromissor[33a], eine positive Vorschrift die Vererbung ausschließt. Und nicht anders stellt sich die Sache in Justinians Digesten dar: sie bringen in unserm Titel, also ex professo, das gesammte alte Recht des Interdicts.

Mithin ist jene civilis actio sicut commodati im Paulus der Westgothen und die praescriptis verbis

32) R. S. V, 6, 10.
33) L. c. §. 12.
33a) Gai. III, 120; IV, 113.

actio der l. 2 §. 2 und der l. 19 §. 2 h. t. eine lediglich decorative Zuthat, welche auf einer unverstandenen Verallgemeinerung des Dogma von der verpflichtenden Kraft der lex dationi data beruht; eine materielle Wirkung kommt ihr nicht zu. Sie konnte nicht einmal die Fassung des Klaglibells im justinianischen Rechte beeinflussen; denn wennschon hier das Vorbringen des Klaganspruchs sich thunlichst nach der alten intentio formulae zu richten pflegte, so nahm es doch weder auf die alte demonstratio Bezug, noch auf die bei Klagen aus unbenannten Contracten diese vertretenden praescripta verba. Die intentio aber der Klage aus einem unbenannten Contracte lautete gerade so wie diejenige der condictio incerti auf dare facere oportere. So blieb es in dieser Beziehung völlig gleichgültig, ob man die mit unserm Interdicte concurrirende Civilklage als condictio ansah, oder als Klage aus einem Innominatcontracte.

Von den Fällen praktischer Anwendung des Precarium, die wir für das classische Recht festgestellt haben, ist selbstverständlich der auf die fiducia cum creditore contracta mit dieser verschwunden. Das Vorkommen des Precarium beim Pignus ist in der Compilation, wie wir gesehen haben, sattsam bezeugt, und es sind sogar mehrere Stellen, welche sich ursprünglich auf das precarium fiduciae bezogen, auf das precarium pignoris interpolirt.

Nicht minder erscheint in der Compilation das Precarium der Waare und insbesondere das Precarium als Seitenstück der Schenkung. Diese beiden letzten Anwendungsfälle würden allerdings kaum verständlich sein, wenn bei Justinian die der Eigenthumsübertragung beigefügte Resolutivbedingung und ebenso der ihr beigefügte Endtermin kraft ihres Eintritts das Eigenthum ohne weiteres dem frühern Eigenthümer zurückverschafft hätten. So muß ich eben dieses unbeanstandete Vorkommen des Precarium in der Compilation als einen nicht

unerheblichen Beweisgrund für die Ansicht betrachten, nach welcher gemäß dem wahren Willen Justinians die Resolutivbedingung dingliche Wirkung nicht haben soll, vielmehr die zahlreichen Stellen der Compilation, welche das Gegentheil sagen, auf gedankenloser Interpolation solcher Aussprüche beruhen, welche ursprünglich von der Wirkung der Resolutivbedingung bei der Tradition von res mancipi gehandelt haben.

Kein Zweifel endlich kann darüber obwalten, daß das Precarium von Gerechtsamen und der precario gemachte Verzicht auf solche noch bei Justinian üblich gewesen ist.

12. So harmlos die schulmeisterlichen Interpolationen der civilis actio sicut commodati in Paul. V, 6, 12 und der actio praescriptis verbis in l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. gemeint gewesen sind, so verhängnißvoll sind sie für das dogmatische Verständniß des Precarium geworden.

Schon die Glosse hat sich vergeblich bemüht, den Widerspruch zu schlichten, der zwischen der Zulassung der actio praescriptis verbis in l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. und der Verneinung einer iuris civilis actio in l. 14 h. t. und l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 heraustritt. Accursius[34]) stellt drei verschiedene Lösungsversuche neben einander.

1) Non est civilis, sed nominata, ut hic (scil. in fragm. 14 h. t.); est tamen civilis innominata, ut in contrariis (scil. in fragm. 2 §. 2 et 19 §. 2 h. t.). 2) Vel secundum Rogerium[35]) refert, concedatur precarium simpliciter, et tunc interdictum solum, ut hic: aut cum pacto reddendi, quando libuerit revocare, et tunc praescriptis verbis, ut in contrariis, aut etiam stipulatio, et tunc sola ex stipulatu, ut infra

34) Ad l. 14 h. t. v. *Jure civili actio.*
35) Schüler des Bulgarus um 1162.

l. proxima (15) §. *cum quis* (3). 3) Tertii distinguunt: aut precarium constituitur datione, et tunc praescriptis verbis, ut in contrariis; aut permissione, ut quia turrem meam possides, quam tibi precario permitto, ut hic argumento infra eod. l. *unusquisque* (18) et l. finali (22 pr.). et sic plus portat precarii rogatio quam precarii datio.

Ebenso unbefriedigend sind sämmtliche späteren Versuche ausgefallen, die actio praescriptis verbis als Klage aus einem Innominatcontracte mit unserm Interdicte zu paaren. Es würde zwecklos sein, sie hier vorzuführen[35a]; meistens beruhigte man sich dabei, den durch die actio praescriptis verbis vermeintlich geschützten Innominatcontract den *späteren* römischen Juristen zuzuschreiben[36], indem man ganz unbefangen übersah, daß *Julian*, der nach l. 19 §. 2 jener actio praescriptis stattgiebt, älter ist, als *Ulpian* und *Paulus*, die sie in l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 und l. 14 h. t. nicht kennen.

Erst infolge der Entdeckung, daß die actio praescriptis verbis auf Interpolation beruht[37], ist das richtige Verständniß des Precarium gesichert[38].

35a) Einige dieser Versuche haben wir oben Ziffer 5 S. 257 ff. besprochen, wo es darauf ankam, jene civilis actio sicut commodati und die actio praescriptis verbis in l. 2 §. 2 und l. 19 §. 2 h. t. als Interpolationen nachzuweisen.

36) So z. B. v. *Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten Bd. 3 §. 691 Anm. unter III, 1 S. 609 f.; *Windscheid*, Lehrbuch Bd. 2 §. 376 N. 2 7. Aufl. S. 384; *Meischeider*, Besitz und Besitzschutz S. 468; *Randa*, der Besitz 3. Aufl. S. 137 f. u. A.

37) *Grabenwitz*, Interpolationen in den Pandekten §. 17 S. 123—145 (s. oben Ziffer 5 S. 262 ff.).

38) Im Archiv a. a. O. S. 249 ff. habe ich die actio praescriptis verbis dadurch unschädlich zu machen versucht, daß ich sie für identisch mit der incerti condictio *Julians* in l. 19 §. 2 h. t. erklärte.

Indeſſen iſt die dogmatiſche Verwirrung in ſeiner Auffaſſung eine rein theoretiſche geblieben. Denn inzwiſchen iſt aus Gründen, die von jener Verwirrung völlig unabhängig ſind, das Sachprecarium außer Gebrauch gekommen.

Auf dem Boden der herrſchenden Lehre, nach welcher das unter einer Reſolutivbedingung oder bis zu einem Endtermine übertragene Eigenthum mit deren Eintritt ipso iure an den Uebertragenden zurückfällt, iſt das Precarium der Waare beim Kaufe und als Seitenſtück der Schenkung in der That entbehrlich geworden: eine durch den Widerruf reſolutiv bedingte oder befriſtete Eigenthumsübertragung gewährt dem Uebertragenden die gleiche Sicherheit, die ihm das Precarium gewähren könnte, und erſchwert auch ſeine Beweislaſt für den Fall der Rückforderung nicht; dem Empfänger aber verſchafft ſie die oft unentbehrliche Möglichkeit, als Eigenthümer der Sache auf dieſelbe Credit zu erhalten.

Wo neuere Geſetze die Uebertragung des Eigenthums durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden für Grundſtücke vom Grundbucheintrage abhängig machen, da läßt ſich der Zweck des Precarium an Grundſtücken ganz ebenſo, wie im claſſiſchen Rechte an res mancipi, durch einfache Tradition unter einer Reſolutivbedingung erreichen, — und zwar hier, ſoweit die Erſitzung gegen den Bucheigenthümer ausgeſchloſſen iſt, auch dann, wenn die Friſt der Reſolutivbedingung die Erſitzungsfriſten überſteigt.

Die Anwendbarkeit des Precarium beim Fauſtpfande wird ſich freilich nach gemeinem Rechte nicht leugnen laſſen. Große Bedeutung iſt ihr jedoch kaum beizulegen: im modernen Verkehre läßt ſich der Gläubiger da, wo ebenſowohl eine Hypothek ſtatthaft wäre, ein Fauſtpfand faſt ausnahmslos nur dann beſtellen, wenn er Grund hat, gerade auf die körperliche Innehabung der verpfändeten Sache zu dringen. Sofern aber danach noch Fälle übrig

bleiben, in welchen die Absicht der Parteien eine Verbindung von Faustpfand und Precarium zuließe, da ist sicherlich diese Verbindung einfach deshalb nicht erfolgt, weil man in anderen Beziehungen vom Precarium körperlicher Sachen keinen Gebrauch machte.

Nach neueren Particularrechten und der Reichs-Konkursordnung hat das Faustpfandrecht als solches wesentliche Bedeutung nur für bewegliche Sachen. Während an Liegenschaften ein Pfandrecht nur durch Eintrag in das Grundbuch entsteht, ist für bewegliche Sachen die Hingabe zu Faustpfand die einzige Form der Verpfändung. Regelmäßig muß dabei dem Gläubiger der Besitz des Pfandes körperlich übertragen werden; in gewissen Fällen genügt eine s. g. symbolische Uebergabe des Besitzes[39]). Beide Arten des Faustpfandes verfolgen den doppelten Zweck, die Verpfändung Dritten erkennbar zu machen und dem Pfandgeber die thatsächliche Verfügung über das Pfandobject zu entziehen. Es liegt auf der Hand, daß die precaristische Ueberlassung des Pfandes an den Pfandgeber mit diesen Zwecken unvereinbar ist: das Pfandrecht würde bald gar nicht entstehen, bald würde es erlöschen[40]).

Wo unter der Herrschaft neuerer Particularrechte der bezeichneten Art ein Faustpfand an Grundstücken vorkommt[41]), da geschieht dies entweder zum Zwecke der Antichrese oder deshalb, weil der Gläubiger sich durch die bloße Hypothek nicht für ausreichend gesichert hält. Auch hier also hat das Precarium keinen Platz.

In der That giebt Seufferts Archiv nur zwei Fälle eines Sachprecariums aus neuerer Zeit.

39) S. z. B. Preuß. Allg. Landrecht Thl. I Tit. 20 §§. 271 ff. Einführungsges. zur R. K. O. §. 14; und dazu Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 §. 354; Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 3 §. 197.

40) Preuß. LR. I, 20 §. 105.

41) S. z. B. Preußisches Ges. v. 5. Mai 1872 (Grundbuchordn. §. 12 Abs. 2.

In dem einen Falle (XVI Nr. 147 OAG. Roſtock 1860) hatte jemand zur Deckung und Sicherſtellung wegen mehrerer Wechſelforderungen ſeinem Gläubiger ſeine ganze häusliche und wirthſchaftliche Einrichtung „zum Eigenthum übertragen und zugleich (sic!) durch constitutum possessorium den Beſitz eingeräumt.“ Demnächſt forderte nun der Gläubiger mit der actio praescriptis verbis die Herausgabe der precario im Beſitze des Schuldners gebliebenen Mobiliargegenſtände, darunter auch das Leinenzeug, das Haus- und Küchengeräth und die Kleidungsſtücke, was alles in einer der Uebertragungsurkunde beigefügten „Specification“ nicht einzeln aufgeführt, ſondern nur unter ſummariſchen Taxen zuſammengefaßt war; und der Rechtsſtreit drehte ſich um die Frage, ob dieſe Gegenſtände durch Bezugnahme auf jene „Specification“ genügend bezeichnet ſeien. — Hier lag allerdings ein Precarium nach Analogie des precarium fiduciae vor: offenbar ging die Abſicht der Parteien nicht dahin, daß jene Sachen unter allen Umſtänden dem Gläubiger herausgegeben werden ſollten; man rechnete vielmehr darauf, daß ſie nach Tilgung der durch ſie geſicherten Forderungen dem Schuldner endgültig verblieben.

Im zweiten Falle (XXXIII, 16 OAG. Roſtock 1869) hatte der Kläger ſeine Bäckerei an ſeine unverheirathete Tochter verkauft, behielt aber darin noch ſeine Wohnung. Als er nach der Verheirathung der Tochter die Wohnung aufgab, ließ er dort eine Anzahl beweglicher Sachen zurück, und zwar, wie er in der Klage behauptete, in der unausgeſprochenen Abſicht, daß die Eheleute ſie bis auf weitere Beſtimmung benutzen möchten. Nach dem Tode der Tochter forderte er dieſe Sachen von ſeinem Schwiegerſohne zurück. Der Streit bewegte ſich u. a. um die Frage, ob der Beklagte, der die Sachen als Erbe ſeines bald nach der Mutter verſtorbenen Kindes beſaß, aus dem zwiſchen dem Kläger und deſſen Tochter,

wie angenommen wurde, stillschweigend eingegangenen Precarium haste. Hier ist es m. E. sehr zweifelhaft, ob der Vertrag zwischen dem Kläger und seiner Tochter nicht vielmehr als Commodat mit willkürlichem Widerrufe gelten müsse: ich sehe keinen Grund, weshalb Kläger die Rückgabe der Sachen nicht unter allen Umständen erwartet haben sollte. Nähmen wir an, daß er außer der Tochter noch ein andres erbberechtigtes Kind gehabt habe, so würde sicherlich die Erwartung der Rückgabe zu behaupten sein.

Wie dem aber auch sei: eine wirthschaftliche Berechtigung kommt diesen vereinzelten Fällen nach keiner Richtung zu[42]).

Die bisher erschienenen 36 Bände der „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen" enthalten überhaupt kein Beispiel des Precarium.

Anders als mit dem Sachprecarium steht es mit dem Precarium von Gerechtsamen. Es ist auch gegenwärtig gar nichts so Seltenes, daß jemand die Ausübung solcher auf willkürlichen Widerruf zuläßt, und zwar unter Umständen, welche die Erwartung ausschließen, daß über kurz oder lang der Widerruf wirklich eintreten werde. So kann ich bezeugen, daß mein Vater dem an den Hof seines in Hannover belegenen Hauses angrenzenden Nachbarn widerruflich gestattete, die Flügel eines Fensters in den Luftraum des Hofes zu öffnen; Wilhelm Francke d. Ae. pflegte bei der Erwähnung des Precarium zu erzählen, daß an dem Hofe seines Hauses in Göttingen sein Nachbar precario eine Gossensteinsgerechtsame habe: und in vielen Fällen habe ich als Mitglied der städtischen

42) Aus der Darstellung der Fälle XVIII, Nr. 72 (OAG. Jena: XXVI, Nr. 105 (OAG. Darmstadt 1832) und XXXV, 20 (OAG. Wolfenbüttel 1878) ist nicht zu ersehen, ob sie das Sachprecarium betreffen.

Verwaltung Marburgs mitgewirkt, wenn Einwohnern der Stadt gegen eine jährliche Recognitionsgebühr widerruflich erlaubt wurde, Treppenstufen auf den Bürgersteig zu setzen, nach einem städtischen Gäßchen hin ein Fenster, eine Thür oder eine Luke anzulegen, Seitencanäle an die städtischen Canäle anzuschließen[43]) u. s. w.

Allerdings könnte man gemäß der herrschenden Ansicht über die dingliche Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung und des Endtermines, statt eine bloß widerrufliche Ausübung zu gestatten, ohne Gefahr die Gerechtsame selbst unter Vorbehalt des Widerrufs bestellen. Allein der Begünstigte hat nicht, wie bei der widerruflichen Uebertragung des Eigenthums, ein Interesse daran, Dritten gegenüber als wirklich berechtigt zu gelten: es genügt ihm völlig, die Gerechtsame auszuüben. Wo daher zur vertragsmäßigen Bestellung einer solchen gerichtlicher Abschluß oder Grundbucheintrag erforderlich ist, da spart sich der Einräumende begreiflicherweise gern die Umständlichkeit, und der Empfänger daneben die Kosten dieser Förmlichkeit. Gleichwohl ist es da, wo die Ausübung der Beeinträchtigung durch Dritte ausgesetzt ist, dem Empfänger sehr wichtig, ein eignes Schutzmittel zu haben.

Auf die precaristische Ausübung von Servituten beziehen sich in Seufferts Archiv die Entscheidungen Bd. VIII, Nr. 110 (OAG. Kiel 1840); XIX, Nr. 45 (OTr. Berlin); XXII, Nr. 188 (OTr. Berlin 1865); XXIII, Nr. 24 (OTr. Berlin 1868)[44]); XXV, Nr. 221 (OG. Wolfenbüttel 1871); Nr. 234 (OG. Wolfenbüttel 1867); XXVI, Nr. 81 (OAG. Darmstadt 1832); XXXV, Nr. 282 (oberstes LG. für Bayern 1880); XLII, Nr. 22 (OLG. Stuttgart 1886).

43) S. Thl. 4 dieser Serie des Commentars S. 113 ff.

44) Hier ist aus dem Precarium eines Wohnrechts dem precario dans eine Forderungsklage auf Räumung gegeben.

Die precaristische Gewährung einer Reallastgerechtigkeit, wie es scheint, betrifft VIII, Nr. 9 (OTr. Berlin 1853).

In Beziehung auf das Precarium von Gerechtsamen ist es danach augenblicklich noch verfrüht, es auf den rechtsgeschichtlichen Kirchhof zu werfen, den v. Ihering[45]) dem Sachprecarium nicht ohne guten Grund aufgethan hat.

Endgültig beseitigt dagegen wird jedes Sonderrecht des Precarium im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich.

Nach dem Gesetzbuche[46]) endigt mit dem Eintritte einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines[47]) die Wirkung des unter ihnen geschlossenen Rechtsgeschäfts dergestalt, daß mit diesem Zeitpuncte der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Damit fällt das widerruflich übertragene Eigenthum im Augenblicke des Widerrufs an den Uebertragenden von selbst zurück[48]). Das Precarium als Seitenstück der Sachschenkung ist hiernach völlig entbehrlich geworden. Wird die noch nicht bezahlte Waare unter Vorbehalt des Widerrufs bis zur Preiszahlung in das Eigenthum des Käufers übertragen, so wird nach dem Inhalte des Geschäftes anzunehmen sein, daß die an den Eintritt des Widerrufs geknüpften Folgen auf den Zeitpunct der Eigenthumsübertragung zurückgezogen werden sollen[48a]). Diese Rückziehung aber geschieht nicht von selbst, sondern nur mittels der Verpflichtung des Käufers zur Herstellung des gewollten Zustandes[49]). Soweit es sich um Ersatz der in der Zwischenzeit vom Käufer gemachten Nutzungen, der von ihm ge-

45) Besitzwille S. 421.
46) §. 158 Abs. 2.
47) §. 163.
48) Motive zu dem Entwurfe Bd. 1 S. 252 ff.
48a) §. 159.
49) §. 159; Motive Bd. 1 S. 254 f.

wonnenen fructus civiles und der nicht mehr in natura vorhandenen fructus naturales handelt, hat auch bei der mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Rückziehung, welche die herrschende Lehre für das bisherige gemeine Recht annimmt, der Verkäufer selbstverständlich nur einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer; ein Unterschied zwischen jener Lehre und der Vorschrift des Entwurfes findet lediglich statt hinsichtlich der Herausgabe der vom Käufer gezogenen und bei ihm oder bei einem Dritten noch vorhandenen fructus naturales: nach der erstern fällt an solchen Früchten, wie an der Hauptsache, das Eigenthum ipso iure an den Verkäufer zurück; nach der andern kann er deren Herausgabe nur vom Käufer fordern. Indessen ist dieser Unterschied praktisch kaum erheblich genug, um die widerrufliche Uebertragung des Eigenthums der noch nicht bezahlten Waare an den Käufer da zu verhindern, wo sie sonst zweckmäßig erscheinen mag.

Bietet hiernach in den bezeichneten Verhältnissen die widerrufliche Eigenthumsübertragung einen geeigneten Ersatz für das Precarium, so behält das Gesetzbuch das letztere doch auch für sie sachlich insofern bei, als es dasselbe unter dem allgemeinern Begriffe der Leihe mit dem römischen Commodate zusammenfaßt. Und zwar kann die Leihe nicht nur kraft ausdrücklicher Vereinbarung willkürlich widerruflich gemacht werden, sondern sie ist es nach unmittelbarer Vorschrift des Gesetzes überall da, wo ihre Dauer weder bestimmt, noch aus dem Zwecke zu entnehmen ist[50]). Der Entleiher haftet in beiden Fällen für omnis diligentia[51]); dafür aber hat er gegen den Verleiher den Anspruch auf Ersatz der nothwendigen Verwendungen, abgesehen von den gewöhnlichen Erhaltungskosten[52]), und auf Ersatz sonstiger Verwendungen gemäß

50) §. 604 Abs. 3; Mot. Bd. II S. 451 f. zu §. 556 und S. 453 f. zu §. 558.
51) §. 276 Abs. 1.
52) §. 601 Abs. 1.

den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[53]). Auch steht ihm, wie dem Miether, das Recht der Wegnahme zu[54]).

Zur Geltendmachung seiner Ansprüche gegen den Entleiher auch bei widerruflicher Leihe dient dem Verleiher ausschließlich die Klage aus dem Leihvertrage[55]).

Es wird hiernach also die Verpflichtung des Precaristen zu einer gewöhnlichen Verpflichtung aus einem Schuldvertrage.

Uebrigens genießt er, wie jeder, der einem Andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, stets den gesetzlichen Schutz des Besitzers; jener Andere ist nur mittelbarer Besitzer[56]).

Selbstverständlich kann auch gemäß dem Gesetzbuche der Besitzer einer Sache einem Andern die unentgeltliche wie die entgeltliche Ausübung einer beschränkten Benutzung der Sache widerruflich überlassen. Allein ungeachtet der thatsächlichen Einräumung jener Benutzung erhält der Precarist den Schutz der iuris quasi possessio einer Grunddienstbarkeit nie. Denn diesen kann nach §. 1029 nur der Besitzer des Grundstücks beanspruchen, für dessen Eigenthümer die Grunddienstbarkeit im Grundbuche eingetragen ist. Nicht viel besser aber steht es m. E. mit dem Precarium einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Auch für eine solche nämlich findet, sofern ich §. 1092 Abs. 2 („entsprechende Anwendung" der Vorschriften des §. 1029) richtig auffasse, Schutz des Quasi besitzes nur dann statt, wenn sie im Grundbuche eingetragen ist[57]); der Bucheintrag aber wird selbstverständ

53) §. 601 Abs. 2 zu Anf. vbd. mit §§. 683—685 Abs. 1.
54) §. 601 Abs. 2 z. E. vbd. mit §. 547 Abs. 2 a. E.
55) Mot. II S. 454 unten.
56) §. 868.
57) Vgl. Mot. III S. 568 zu §. 1048 unter I vbd. mit S. 491 unter a).

lich unterbleiben, wo der Grundeigenthümer nur die Ausübung einer derartigen Dienſtbarkeit, und vollends nur widerruflich geſtattet. So ſcheint mir der Schutz des Quaſibeſitzes für den Precariſten einer ſolchen Dienſtbarkeit einzig in dem Falle denkbar, wenn derjenige, für den ſie im Grundbuche eingetragen iſt, ihre Ausübung einem Andern widerruflich überlaſſen hat. Da jedoch die Ausübung einer derartigen Gerechtſame einem Andern nur überlaſſen werden kann, wenn ihr Beſteller die Ueberlaſſung geſtattet hat[58]), ſo wird dieſer Fall erhebliche Bedeutung kaum gewinnen.

Wo übrigens die Ausübung einer Gerechtſame die Detention der Sache vorausſetzt, da gewährt nach §. 854 auch die precariſtiſche Ausübung dieſer Gerechtſame den Beſitz der Sache ſelbſt.

§. 1850.

3. Das interdictum Uti possidetis[1]).

Dig. XLIII, 17. *Festus* s. v. possessio. *Gai.* IV, §§. 148—150. 153. 160. 166—170. *Paul.* R. S. V, 6, 1.

58) BGB. §. 1092 Satz 2.

1) v. Savigny, das Recht des Beſitzes §§. 37 f. 7. Aufl. S. 396—411. Bruns, das Recht des Beſitzes im Mittelalter und in der Gegenwart §. 6 S. 38—61. H. Witte, das interdictum Uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium. Leipzig 1863 S. 28—126. v. Jhering, über den Grund des Beſitzesſchutzes 2. Aufl. S. 72—96. Bruns, die Beſitzklagen des römiſchen und heutigen Rechts §§. 1—10 S. 1—83. Meiſcheider, Beſitz und Beſitzſchutz. Berlin 1876 S. 430—446. H. Duncker, die Beſitzklagen und der Beſitz. Ein Beitrag zur Reviſion der Theorie vom ſubjektiven Recht. Berlin und Leipzig 1884 S. 1—142. Kindel, die Grundlagen des römiſchen Beſitzrechts. Berlin 1883 §§. 8 und 9 S. 134—187. H. H. Pflüger, die ſogenannten Beſitzklagen des römiſchen Rechts. Leipzig 1890 S. 11—98, 141—299. Fr. Klein, Sachbeſitz und Erſitzung. Berlin 1891 S. 86—156. Lenel, das edictum perpetuum §. 247 S. 377—381.

§§. 4. 5. J. de interd. 4, 15. *Theophil.* paraphr. ad h. l. *Cod.* VIII, 6. *Basil.* LVIII, 17.

1. Das Uti possidetis iſt uns in zweifacher Haſſung überliefert.

Die eine Faſſung findet ſich bei Festus s. v. possessio.

Uti nunc possidetis eum fundum, q(uo) d(e) a(gitur), quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.

Die andre Faſſung enthält l. 1 pr. init. h. t.:

Ulp. lib. 69. ad ed. Ait praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

Gai. IV, 160 aber giebt, um die Eigenthümlichkeit des par sermo zu veranſchaulichen, worin der Prätor in einem duplex interdictum zu beiden Parteien ſpricht, als summa conceptio, d. h. als weſentlichen Inhalt der Faſſung, unſers Interdictes:

Uti n*unc* possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

Er hat dabei unverkennbar die nämliche Faſſung vor Augen wie Ulpian. Dies jedoch kann keine andre ſein, als die Faſſung der julianiſchen Redaction. Schon danach ſtellt ſich die Faſſung bei Feſtus als die ältere dar. Beſtätigt wird dies durch die abgekürzte Form der exceptio vitiosae possessionis in der Faſſung Ulpians, welche ſich übereinſtimmend oder doch ganz ähnlich findet bei den interdicta de superficiebus, Utrubi, de itinere actuque privato, de itinere actuque privato reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de rivis, de fonte und de fonte reficiendo[2]). Auch verräth ſich die Alterthümlichkeit der Faſſung bei Feſtus, in dem Ver-

2) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars S. 461f.

bote, welches lautet: adversus ea vim fieri veto, während nach der handschriftlichen Ueberlieferung diesem Verbote das Gebot vorangeht: ita possideatis. Es ist schwerlich zulässig, diese Fassung durch Einschalten der Worte quo minus vor ita possideatis[3]) der jüngern anzunähern; schon das adversus ea dürfte dazu kaum stimmen[4]).

Anderseits giebt die Fassung bei Festus übereinstimmend mit derjenigen bei Gaius den Eingang des Interdicts: Uti nunc possidetis etc., während Ulpian gemäß der Ueberlieferung der Pandekten Justinians das nunc nicht hat. Es ist kein Grund anzunehmen, daß dieses nunc, welches laut der Angabe des Gaius in die Edictsredaction Julians übernommen worden war, später aus der amtlichen Fassung des Interdictes verschwunden sei. Allerdings hätte es immerhin fehlen können, ohne daß dadurch der Inhalt des Interdictes im mindesten verändert worden wäre. Allein es hebt in sehr bemerkbarer Weise den Gegensatz seiner Voraussetzung zu derjenigen des classischen Utrubi heraus: siegt mit diesem die Partei, welche im letzten Jahre vor Erwirkung des Interdictes dem Gegner gegenüber fehlerfrei besessen hat, so verlangt das Uti possidetis fehlerfreien Besitz im Augenblicke seines Erlasses[4a]). Solange dieser Gegensatz zwischen beiden Interdicten bestand, hatte man also keinen Anlaß, das nunc zu tilgen. Und ganz davon zu schweigen, daß uns keine einzige Abänderung der julianischen Edictsredaction bezeugt worden ist, ersehen wir in der That aus den Pandekten selbst, daß noch zu Ulpians Zeit unser nunc im Inter-

3) Wie es bei Bruns, fontes ad h. l. geschieht.

4) Hinsichtlich des Altersverhältnisses beider Fassungen vgl. auch Dernburg in Festgaben für Heffter S. 106 ff.

4a) Gai IV, 150. 166a. Paul. V. 6, 1. §. 4a. J. de interd. 4, 15 (s. unten Ziffer 3 S. 384 f.

dicte gestanden hat. In l. 3 §. 6 h. t. nämlich führt Ulpian ohne weitere Bemerkung, mithin als auch seiner Zeit geltendes Recht, einen Ausspruch Labeos an, wonach unser Interdict mit den Worten beginnt: Uti nunc possidetis eas aedes[4b]).

Beruht demnach das Fehlen des nunc in dem Edicte der l. 1 pr. h. t. nicht etwa auf einem bloßen Abschreiberversehen, so werden wir es darauf zurückzuführen haben, daß es nach Gleichstellung des Utrubi mit dem Uti possidetis seine Bedeutung verloren hatte[4c]).

Uebrigens erscheint auch in einer andern Beziehung die Ueberlieferung unsers Interdictes in l. 1 pr. h. t. unvollständig. Bei Festus ist das Interdict abgestellt auf possidere fundum; noch Diocletian bezeichnet als Inhalt der actio utilis ex causa interdicti in l. un Cod. h. t. v. J. 294:

Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero

4b) A. M. Klein a. a. O. S. 87 ff. S. 122, der die Ausscheidung des nunc zwischen Gaius und Ulpian setzt und sie S. 89 N. 6 damit erklären will, daß der Contrast der beiden Zeitbestimmungen (nämlich des gegenwärtigen Besitzes und des hinter der Gegenwart liegenden vitium des Besitzes) und damit der beiden ganz verschiedenen Gesichtspuncte, die denselben prätorischen Befehl und dieselbe richterliche Entscheidung gleichzeitig beherrschen (nämlich Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Verhältnisses und Schutzlosigkeit vitiösen Besitzes) weniger schreiend werden sollte. S. unten Ziffer 2 nach N. 33a. S. 378.

4c) Für ein absichtliches Auslassen des nunc spricht auch die Thatsache, daß jenes Wort ebenso in l. un. Cod. h. t. (s. unten den Text) fehlt, obgleich dieses Rescript Diocletians sich der edictsmäßigen Fassung des Interdicts im wesentlichen anschließt.

Uebrigens ließ man ja auch in der landläufigen Bezeichnung des Interdicts als Uti possidetis schon zu Gaius Zeit das nunc weg. Gai. IV. 148sq.

nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit etc.;

und entſprechend erwähnt Gai. IV, 150 und 166a[5]) bei der Erörterung der richterlichen Feſtſtellung auf Grund unſers Interdicts an erſter Stelle den fehlerfreien Beſitz eines fundus, erſt an zweiter denjenigen von aedes, wie noch §. 4a J. de interd. 4, 15[6]) die gleiche Reihenfolge bei Aufzählung der Gegenſtände beobachtet, um deren Beſitz im Uti possidetis geſtritten werden kann. Auch Ulpian behandelt in den uns überlieferten Bruchſtücken ſeines Edictscommentars nach den allgemeinen Angaben, daß unſer Interdict ſich auf den Beſitz von Grund und Boden (in soli possessione) beziehe[7]), den Beſitzer eines Grundſtückes (possessorem praedii) ſchützen ſolle[8]), dann zunächſt den Beſitz eines fundus[9]); und in der demſelben Buche ſeines Edictscommentars entnommenen l. 60 D. de V. S. 50, 16[10]), die ohne Zweifel der Erörterung unſers Inter-

5) S. unten Ziffer 3 S. 384.
6) S. unten Ziffer 3 S. 385.
7) L. 1 §. 1 init. h. t. (ſ. unten Ziffer 3 S. 384); l. 1 cit. §. 3 h. t. (ſ. unten §. 1852 Ziffer 2).
8) L. 1 cit §. 6 h. t. (ſ. unten §. 1852 Ziffer 4 a. E.)
9) L. 1 cit. §. 7 (ſ. unten S. 364).
10) **Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi: fundus autem integrum aliquid est. et plerumque sine villa locum accipimus: ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. non etiam (enim *scr.*) magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio: et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si iam hoc constituerimus. nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adiunxerimus fundo, locus fundi efficietur. §. 1: Loci appellationem non solum ad rustica, verum ad urbana quoque praedia pertinere Labeo scribit. §. 2: Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur.**

dicts angehört, erklärt er ausführlich die Begriffe fundus und locus. Die hiernach nahe gelegte Annahme, es sei das Uti possidetis auch de loco ertheilt worden, findet ihre Bestätigung nicht nur in l. 3 §§. 4[11]) und 6 h. t.[12]), ebenfalls aus Ulp. lib. 69. ad ed., sondern auch bei Frontinus de controv. agror. ed. Lachm. p. 44 v. 4:

De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet.

Entweder war also je ein besonderes Interdict de fundo, de aedibus, de loco proponirt; oder es waren in dem einzigen proponirten Interdicte fundus, aedes, locus zur Auswahl neben einander genannt[13]); oder endlich es wurde nach Bedarf des Einzelfalles statt des in der proponirten Fassung allein gebrauchten Ausdrucks der geeignete eingesetzt.

Unter allen Umständen steht fest, daß unser Interdict auf jeden Besitz von Grund und Boden angewandt wurde.

L. 1 §. 8 h. t.:

Hoc interdictum in omnibus etiam possessionibus, quae sunt soli, sine dubio locum habebit, dummodo possideri possit.

L. un med. D. utrubi 43, 31:

Ulp. lib. 72. ad ed. — Uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit etc.[14]).

---

11) — uti eum debere interdicto Uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium etc.

12) — interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegitur etc.

13) Vgl. Lenel ed. perp. S. 378.

14) S. auch l. 17 D. de prec. 43, 26 (Pompon. lib. 23. ad Sab.): Qui precario fundum possidet, is interdicto Uti possidetis — uti potest.

Paul. V, 6, 1:
— Uti possidetis de rebus soli etc.

Wo der Beſitz an Grund und Boden ausgeſchloſſen iſt, da findet ſelbſtverſtändlich auch das Uti possidetis nicht ſtatt. So auch heute nicht an dem Bette eines öffentlichen Fluſſes[14a]). So nach römiſchem Rechte nicht an denjenigen Grundſtücken, die als res divini iuris dem menſchlichen Rechte überhaupt entzogen waren, alſo an den rite einer Gottheit geweiheten Tempeln und Hainen, ſowie an loca religiosa[15]). Irrig dagegen iſt es, wie ſchon die Gloſſe es thut[16]), auch die res publicae in publico usu hierher zu ſtellen; l. 1 §. 22 D. de a. p. 41, 2, auf welche ſie ſich beruft, leugnet, richtig verſtanden, gar nicht den Beſitz der Gemeinde an derartigen Grundſtücken[17]): wie deren Vindication zuläſſig iſt, ſo muß es auch das Uti possidetis ſein[18]).

14a) Nur ſcheinbar widerſpricht l. 14 D. de iniur. 47, 10 (Paul. lib. 13. ad Plaut.): Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, Uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam causam pertinet, non ad publicam haec res, [utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica *del.* M.] etc. In Wahrheit handelt es ſich hier um den Beſitz, der durch eine zuläſſige bauliche Anlage an einem Stücke des Meeresbodens oder des Geſtades erworben worden iſt. v. Czyhlarz in dieſem Commentar Serie der Bücher 41 u. 42 Thl. 1 S. 69; und Serie der Bücher 43 u. 44 Thl. 4 S. 228. Ebendeshalb aber darf das hier erwähnte Uti possidetis nicht als utile aufgefaßt werden, wie es auch geſchehen iſt in dieſer Serie des Commentars Bd. 1 S. 30 N. 69, S. 288 N. 26 a.

15) L. 30 §. 1 D. de a. p. 41, 2.

16) Ad l. 1 §. 8 h. t. ad v. *possint.*

17) S. Thl. 4 dieſer Serie des Commentars Tit. 7 Ziffer 6 S. 78 ff.

18) Vgl. daſ. Tit. 8 S. 107.

Uebrigens findet das Interdict nicht bloß da Anwendung, wo es sich um den ungetheilten Besitz eines bestimmten Grundstücks handelt, sondern ebenso auch da, wo der Besitz eines körperlichen Grundstücktheiles oder der Mitbesitz eines Grundstücks zu einer ideellen Quote in Frage steht.

L. 1 §. 7 h. t.:

Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

Bei seiner Anwendung auf den Besitz einer ideellen Quote mußte diese natürlich in der Fassung des Interdictes angegeben werden, wie bei seiner Anwendung auf den reellen Theil eines Grundstücks jener Theil selbst als dasjenige Grundstück zu bezeichnen war, de quo agebatur.

2. Bisher hat man, soviel ich sehe, allgemein, wenngleich nur stillschweigend, angenommen, daß es sich bei den Unterschieden zwischen der von Festus einerseits und der von Gaius und Ulpian anderseits überlieferten Formel des Uti possidetis lediglich um Fassungsverschiedenheiten gehandelt habe, das hinter beiden stehende Recht jedoch durchaus das nämliche sei. Dagegen hat neuerdings Klein[19]) mit erfindungsreichem Scharfsinne die Vermuthung ausgeführt, daß das Uti possidetis im Zusammenhange mit dem Wechsel seiner Fassung, der nach Kleins Ansicht sogar viermal eingetreten ist, vier verschiedenartigen Functionen gedient habe; die von Gaius dargestellte Phase sei erst die letzte jener Entwickelungsstufen.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß diese Ansicht für die Auffassung des Interdictes gerade auch auf seiner

19) A. a. O. S. 86—191.

vermeintlich letzten Entwickelungsſtufe von entſcheidendem Einfluſſe ſein muß; und es empfiehlt ſich deshalb eine Auseinanderſetzung mit ihr, bevor wir die Darſtellung des Gaius ſelbſt erörtern, welche die ſicherſte Grundlage unſerer Erkenntniß des Interdictes ausmacht.

Aufgeſtellt iſt nach Klein das Uti possidetis, um den vom Prätor im Eigenthumsproceſſe per legis actionem sacramento in rem ertheilten Vindicienbeſitz aufrecht zu erhalten. Es ſei zunächſt ein Beſitzgebot an den Vindicienempfänger geweſen, in zweiter Reihe ein Verbot der Beſitzſtörung für den Gegner. Damals habe ſeine Formel gemäß der Ueberlieferung bei Feſtus gelautet:

Uti nunc possidetis eum fundum, de quo agitur, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

Es habe alſo die ſ. g. Vitioſitätsclauſel gefehlt, welche bei Feſtus „wie ein erratiſcher Block, ſyntaktiſch iſolirt und nicht gerade elegant mit einer exceptionsmäßigen Wendung (uti nunc possidetis, quod nec vi etc. possidetis) in der ſonſt klar geordneten und knappen Formel“ liegt[19a]). Unglaublich aber ſcheine es, daß das Interdict von vorneherein dieſe Clauſel enthalten habe: einerſeits ſtehe ſie als Ausnahme zu dem Interdictsbefehle: ita possideatis in einem innern Gegenſatze, anderſeits kennzeichne ſie ſich ſyntaktiſch-ſtiliſtiſch als ein ſpäterer Zuſatz, der ſelbſt in der abgeſchwächten Faſſung der julianiſchen Redaction als eine ſelbſtändige Einſchaltung (perpetuo insunt l. 1 §. 5 h. t. Gai. IV, 160: summa conceptio — haec est) betrachtet werde und, in einer ganzen Reihe von Interdicten wiederkehrend, mithin ſchwerlich in allen originär, ſich gerade in der Feſtus-Variante des Uti possidetis als unorganiſche Zuthat von dem logiſch klaren Baue des Interdicts ablöſen laſſe.

19a) Klein a. a. O. S. 88 ff.

Allerdings: wenn unser Interdict ursprünglich den Vindicienbesitz aufrecht erhalten sollte, so konnte es die Vitiositätsclausel nicht enthalten; denn der vom Magistrate verliehene Besitz war eben wegen dieser Verleihung ein rechtmäßiger[19b]). Allein wäre es ohne jene Clausel wirklich ein geeignetes Mittel gewesen, den Vindicienbesitz aufrecht zu erhalten? Der Vindicienempfänger mußte nach dem Berichte des Gaius[20]) auf Geheiß des Magistrates dem Gegner praedes litis et vindiciarum stellen; dadurch war dieser gegen Veräußerung und Verschlechterung des Grundstücks ausreichend gesichert. Die eigenmächtige Störung aber des Vindicienbesitzes durch den Gegner hätte sich als offener Ungehorsam gegen die unbedingte Verfügung des Magistrates dargestellt; solchen zu verhüten wäre ein Interdict, d. h. ein sachlich bedingtes Verbot, über dessen bindende Kraft und dessen Verletzung schließlich Geschworene zu urtheilen hatten, sicherlich ganz ungehörig gewesen; ihn zu ahnden dienten unmittelbar die Zwangsmittel des Imperium. Zu welchem Zwecke vollends aber hätte der Magistrat dem Inhaber der Vindicien verbieten sollen, auf Grund gütlicher Vereinbarung den Besitz dem Gegner einzuräumen und damit den Rechtsstreit überhaupt aufzugeben? — Erscheint danach das Interdict als Schutz gegen Veräußerung des Besitzes an einen Dritten überflüssig und als Schutz gegen Störung des Besitzes völlig ungeeignet, so würde es als Verbot einer Verständigung der Parteien über den Besitz geradezu widersinnig gewesen sein.

Auf keinen Fall aber hätte ein Interdict des von Klein angenommenen Zwecks lauten dürfen: Uti — possidetis — ita possideatis; vielmehr hätte es lauten

---

19b) L. 11 D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 65. ad ed.): Juste possidet, qui auctore praetore possidet.

20) Gai. IV, 16. 94.

müſſen: Uti — possides, — ita possideas. Denn wurde der einen Partei der Vindicienbeſitz an dem ganzen ſtreitigen Grundſtücke gegeben, ſo wäre es offenbar Hohn geweſen, der andern Partei zu befehlen, ſie ſolle das Grundſtück ſo weiter beſitzen, wie ſie es beſitze. In der That jedoch erſcheint es auch ohne das Zeugniß bei Gai. IV, 16 als ſelbſtverſtändlich, daß beim Streite um das Eigenthum Eines körperlich ungetheilten Grundſtücks ſtets nur Eine Partei deſſen vorläufigen Beſitz erhalten habe. Sollte indeſſen der Magiſtrat unter Umſtänden es für angemeſſen erachtet haben, jeder Partei den Vindicienbeſitz an einem körperlichen Theile des ſtreitigen Grundſtückes zuzuweiſen (was nebenbei bemerkt an einem Hauſe wenigſtens für gewöhnlich unthunlich iſt): ſo hätte er doch nicht füglich beiden mit Rückſicht auf das nämliche ganze Grundſtück befehlen können: Uti — possidetis eum fundum, quo de agitur, ita possideatis; hätte vielmehr ſagen müſſen z. B.: Uti tu, Aule, possides illius fundi, quo de agitur, partem ad orientem vergentem, ita possideas; uti tu, Numeri, possides illius fundi, q. d. a., partem ad occidentem vergentem, ita possideas. Die Parteien beſaßen ja nicht das ſtreitige Grundſtück gemeinſam, vielmehr beſaß eine jede ein anderes körperliches Stück desſelben, das als ſolches ein Grundſtück für ſich, alſo ein von dem ganzen ſtreitigen Grundſtücke verſchiedenes Grundſtück bildete[21]). Angenommen jedoch, der Prätor habe hier die Faſſung: Uti possidetis — ita possideatis gebrauchen dürfen, ſo würde er doch nimmer nach dieſem Ausnahmsfalle die edictsmäßige Faſſung des Interdictes zugeſchnitten haben, die im gewöhnlichen Falle, wie dargelegt, durchaus unpaſſend geweſen wäre.

Wir müſſen demnach dem Interdicte ganz entſchieden die Function abſprechen, den Vindicienbeſitz aufrecht zu

21) L. 25 §. 1 D. de V. S. 50, 16.

erhalten. Demgemäß können wir auch nicht zugeben, daß es jemals ohne die Vitiositătsclausel ergangen sei. Die von Festus überlieferte Fassung dieser Clausel ist allerdings nicht so gefällig, wie die julianische, aber immerhin einfach und verständlich genug: „Wie Ihr jetzt das Grundstück besitzet, sofern der eine vom andern weder vi, noch clam, noch precario besitzt, u. s. w.". Auch stimmt sie in ihrem Bau völlig überein mit der ständigen Vitiositătsclausel im interdictum de vi non armata[21a]), sowie mit den unständigen exceptiones im interdictum de vi armata: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris[22]); im interdictum Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat etc.: quod eius ripae muniendae causa non fiet[22a]); im interdictum Quod vi aut clam: quod non tu vi aut clam fecisti, quod incendii defendendi causa factum non sit[22b]). Unsere exceptio im Uti possidetis für einen spätern Zusatz zu halten liegt nicht der geringste Grund vor.

In der Fassung mit der Vitiositătsclausel, wie Festus sie giebt, meint Klein[23]), sei unser Interdict zwar nach wie vor Accessorium des Eigenthumsstreites geblieben; allein es sei nicht mehr ergangen auf Grund prätorischer Vindicienertheilung: es habe den letzten factischen Besitz geschützt, der vorbehaltlich des quod nec vi etc. als processualer Zwischenbesitz für die Dauer des Eigenthumsstreits aufrecht erhalten werden sollte. „Der

21a) Lex agr. v. J. 643 v. 18: quod neque vi neque clam neque precario possederit. Cic. pro Tull. 19, 44: quod nec vi nec clam nec precario possideret.

22) Cic. ad div. 7, 13, 2.

22a) L. 1 §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43, 13.

22b) L. 7 §§. 3 sq. D. quod vi 43, 24. Die exceptio: quod non iure meo fecerim in diesem Interdicte wird aus sachlichem Grunde mißbilligt in l. 1 §. 3 eod.

23) S. 100 ff.

Prätor verbietet den Parteien jede vis während des (Eigenthums-)Proceſſes, verbietet ſie ihnen im Intereſſe des Proceſſes.“ Die durch die Vitioſitätsclauſel dem Beſitzgebote beigefügte Beſchränkung bezweckt nicht, ſchon während des Proceſſes dem Dejicirten Selbſthülfe zu ermöglichen, ſondern „die unverzügliche, jederzeitige gerichtliche Repreſſion gegen Dejection offen“ zu halten. „Das allgemeine Beſitzgebot hindert für die Dauer des Eigenthumsſtreites die Gewährung des Unde vi zwiſchen denſelben Parteien. Der Prätor konnte nicht derſelben Perſon, welcher er mittels Uti possidetis geſagt: uti nunc possides, ita possideas bald darauf in Bezug auf dasſelbe Grundſtück und denſelben Gegner den Befehl ertheilen: unde tu illum vi deicisti, eo restituas. Der Dejicient hätte ſich mit Recht gegen das zweite Gebot auf das erſte berufen können.“ Eine ſolche Colliſion der beiden Interdicte ſei in der denkbar einfachſten Art dadurch vermieden, daß man von dem allgemeinen Beſitzgebote den Fall ausnahm, in welchem zwiſchen den Parteien die Erwirkung des Unde vi möglich war. Ebenſo habe es ſich verhalten hinſichtlich der precaria possessio, und wohl auch hinſichtlich der clandestina possessio, deren wegen danach höchſt wahrſcheinlich zu der Zeit, als die exceptio vitiosae possessionis auch auf das clam possidere Bezug nahm, ein reſtitutoriſches Interdict beſtanden habe. Hiernach ſei durch das Uti possidetis laut Feſtus die Beſitzlage, wie ſie zur Zeit des Interdicterlaſſes (nunc: vindicatio und contravindicatio) wirklich gegeben war, aufrecht erhalten worden, ſofern nicht ſchon zur Zeit des Interdicterlaſſes zugunſten einer der Parteien ein Anſpruch auf Beſeitigung dieſer Beſitzlage begründet geweſen ſei, der ſich mittels reſtitutoriſchen Interdicts Unde vi, de precario und de clandestina possessione habe realiſiren laſſen. Das Friedensgebot des Prätors habe ſelbſtverſtändlich nur für die Dauer des Eigenthumsproceſſes

gegolten: die kraft des ita possideatis anbefohlene Fixirung einer bestimmten Besitzlage könne nicht für immer gewollt sein.

Nun aber ist das Gebot an den Besitzer, seinen Besitz während des Eigenthumsprocesses festzuhalten, wie wir gesehen haben, ganz überflüssig, wenn jener dem Gegner für Herausgabe des Besitzes Realsicherheit leisten muß[23a]). Bezeugt jedoch ist uns, daß alle drei uns bekannten Formen des altrömischen Eigenthumsprocesses der nicht besitzenden Partei eine solche Sicherung gewährt haben: die legis actio sacramento in rem mit Vindicienertheilung mittels der praedes litis et vindiciarum, die actio in rem per sponsionem mittels der stipulatio pro praede litis et vindiciarum, die formula petitoria mittels der cautio iudicatum solvi[24]). Sofern also bei der legis actio sacramento in rem jemals die Vindicienertheilung durch das Klein'sche Uti possidetis in seiner zweiten Phase ersetzt sein sollte, würde die nicht besitzende Partei schwerlich ohne entsprechende Sicherung geblieben sein. Daß diese durch praedes litis et vindiciarum nicht hätte bestellt werden können, liegt auf der Hand. Selbst dann jedoch, wenn wir kühn genug sind, sie kurzweg als cautio pro praede litis et vindiciarum anzusprechen, stehen wir rathlos vor der Frage, mit welchem Scheine des Rechtes die eine oder die andre Partei sie vom Gegner hätte beanspruchen dürfen, wenn jede den fehlerlosen Besitz des streitigen Grundstücks zu haben behauptete. Der Befehl: „Wie Ihr jetzt das streitige Grundstück besitzt, sofern Ihr es einander gegenüber fehlerlos besitzt, so sollt Ihr (bis zur Entscheidung Eures Eigenthumsstreites weiter) besitzen; ich verbiete jede Eigenmacht dagegen" —, dieser Befehl als solcher

23a) Eben deshalb war im classischen Eigenthumsprocesse ein Verbot, die res litigiosa zu veräußern, für den Besitzer völlig unbekannt. Vgl. Klein S. 116 N. 49.

24) Gai. IV, 91, 94.

ſtellt doch nimmer einen beſtrittenen Beſitzſtand feſt, vermag demnach auch für keine Partei die Pflicht der Sicherheitsleiſtung für den Beſitz zu begründen. Angenommen indeſſen, die Parteien hätten durch vis ex conventu die Beſitzfrage zur Entſcheidung bringen können[25]), ſo war doch immerhin bis zu dieſer Entſcheidung keine zur Sicherheitsleiſtung zu zwingen, und noch weniger zur Annahme der vom Gegner etwa angebotenen Sicherheit: denn in ſolcher Annahme würde ja ein Verzicht auf den eignen Beſitz gelegen haben. Hätte aber eine Partei der andern gegen Sicherheitsleiſtung den Beſitz überlaſſen dürfen, — wozu dann das Beſitzgebot an die letztere? Auf alle Fälle jedoch würde das Hineinzerren des Beſitzſtreites in den bereits begonnenen Eigenthumsprozeß keine Verbeſſerung des alten Verfahrens in der legis actio sacramento geweſen ſein, in welchem der Prätor vorweg die Vindicien ertheilte. Was in der Welt ſollte die verſtändigen Römer veranlaßt haben, eine derartige unnöthige Verquickung mehrerer Proceſſe vorzunehmen?

Endlich würde es auch bei dieſer Function des Uti possidetis unbegreiflich bleiben, weshalb der Prätor den Parteien die Veränderung eines unbeſtrittenen Beſitzſtandes auf Grund gütlicher Vereinbarung und damit die Schlichtung des Eigenthumsſtreites hätte unterſagen ſollen.

Der Grundirrthum der Klein'ſchen Anſicht liegt eben darin, daß er in der Faſſung des Uti possidetis bei Feſtus zwei verſchiedene Interdicte erblickt, das Gebot: ita possideatis, und das Verbot: adversus ea vim fieri veto. Wollen wir nicht etwa annehmen, daß es, wenngleich nur vorübergehend, außer reſtitutoriſchen, exhibitoriſchen und prohibitoriſchen Interdicten noch eine vierte Claſſe auf das Feſthalten eines Zuſtandes gegeben habe, ſo müſſen wir jenes ita possideatis zuſammen mit dem

25) Klein a. a. O. S. 109.

nachfolgenden adversus ea vim fieri veto sachlich als das einfache, an den Nichtbesitzer gerichtete Verbot auffassen, an dem gegenwärtigen fehlerlosen Besitzstande des Gegners eigenmächtig etwas zu ändern, wie die spätere Fassung des Uti possidetis ja auch sprachlich eben nur ein solches Verbot darstellt.

Eine dritte Entwickelungsphase des Uti possidetis erblickt Klein[26]) in dessen Anwendung als außerprocessualisches Besitzschutzmittel. Diese Anwendung sei mit Nothwendigkeit aus der zweiten Phase hervorgegangen, insofern sich durch die fortgesetzte Handhabung des Uti possidetis im Processe die Ueberzeugung von der Schutzwürdigkeit des Besitzes überhaupt habe bilden müssen, und damit die Meinung, daß die Besitzverletzung als solche behördliches Einschreiten rechtfertige und weiterhin fordere. In der That sei die dritte Phase von der zweiten nur dadurch verschieden, daß bei ihr die Concurrenz des petitorischen Rechtsstreites fehle, die hier vorhanden sei. „Anders wäre es gewesen, wenn das Uti possidetis schon im Legisactionenprocesse die rein präparatorische processuale Function der Parteirollen-Bestimmung gehabt hätte. Von der Aufgabe, den Besitzer oder den fehlerfreien Besitzer zu ermitteln und erforschen, zum Berufe gelangen, den Besitz zu schützen, das geht nicht ohne waghalsigen Sprung. Hier trennt eine Kluft. Die dem Interdict letzteren Falls zugemuthete Wirkungskraft beginnt gerade da, wo sie im ersteren Falle aufhört." — „Hatte jedoch das Uti possidetis im Eigenthumsprocesse die der directen Beziehung zur Gestaltung der Proceßverhandlung entbehrende, wenn auch legislativ-politisch mit der Proceßinstitution connexe Aufgabe, gegenwärtigen Besitz zu schützen, so liegt thatsächlich in der späteren Entfesselung des Uti possidetis nur eine extensive Veränderung." Indessen habe die Anwendung des Uti possidetis außer

26) S. 112ff.

halb des Eigenthumsproceſſes zunächſt dahin führen müſſen, daß das Beſitzgebot aus der Formel ausgeſtoßen worden, mithin nur das Verbot der Beſitzſtörung übrig geblieben ſei. Sodann aber habe dieſes Verbot als außerproceſſualiſches nur auf eine bereits vorgefallene Beſitzſtörung bezogen werden können. „Erſt dieſe läßt im bisherigen Beſitzer das Bedürfniß nach poſſeſſoriſchem Schutze erwachen, beſtimmt den Gegner und ruft Rückwirkungen auf das Vermögen hervor, welche im Interdictverfahren Ausgleichung finden ſollen.“ Jene Beziehung aber auf eine bereits geſchehene Störung ſei ungeachtet der Faſſung des Interdicts, die den Beſitzſtand im Augenblicke des interdictum redditum ſchützt, ſoweit möglich geweſen, als es ſich um ſolche Störungen gehandelt habe, deren Folgen ſich als ſichtbare Beſitzbeeinträchtigungen über jenen Zeitpunct hinaus erhalten und ſich als possidere haben qualificiren laſſen: ſie ſeien unter die Vitioſitätsclauſel ſubſumirt worden und deshalb ſchutzlos geweſen. „Was den früheren ruhigen Beſitz dermalen noch, ſei es als dauernde Anlage oder als ſonſt wider den Willen des Beſitzers aufrechterhaltener Zuſtand beeinträchtigte, der Erfolg der Beſitzſtörung ward als ein am fundus vi oder clam (das precario kam hier wohl ſelten zur Verwendung) erlangter Beſitz der Gegenpartei angeſehen.“ — „Bedingung war ein gleichzeitiges Beſitzen beider Parteien am fraglichen Grundſtücke oder Grundſtücktheile, ein durch gegneriſchen Beſitz belaſteter eigener fortdauernder Beſitz, zu deſſen Gunſten das Uti possidetis als interdictum retinendae possessionis ergehen konnte. Der Beſitzſtörungsfall war ſo in einen Streit um den Vorzug beiderſeitigen Beſitzens aufgelöſt, als controversia de possessione conſtruirt. Im Sponſionsverfahren war dieſes beiderſeitige possidere zu unterſuchen: die Beſitzſtörung kam meritoriſch als Qualification dieſes possidere aus dem Geſichtspuncte der Vitioſität

des durch dieſen Act erlangten Beſitzes in Betracht. Die durch die Störung erworbene Poſition ward in dieſer Prüfung als eine illegitime, außerhalb des prätoriſchen Schutzes ſtehende erkannt, und indem das Urtheil des Sponſionsproceſſes dem Rechnung trug, wirkte das Interdictsverfahren gegen jene Störung repreſſiv." — „Das nec vi nec clam nec precario (war) zum Kriterium der Schutzberechtigung des beiderſeits concurrirenden possidere geworden, etwas am gegenwärtig vorhandenen Beſitze, das mit der Geltung oder Nichtgeltung des Gewaltverbotes in engſter Beziehung ſteht. Dieſer materiellen Verwerthung der Vitioſitätsclauſel entſpricht die Preisgebung ihrer ſelbſtändigen Form und die Redaction Uti nunc possidetis nec vi nec clam nec precario alter ab altero."

Weiter folge daraus, daß die für das Interdictenverfahren als Bedingung zur Sponſions-Provocation und als Stück der Sponſionsbehauptung weſentliche, dem Interdicterlaſſe nachfolgende vis grundſätzlich vis imaginaria geweſen ſei, wie ſolche bereits in der zweiten Phaſe des Uti possidetis insbeſondere da ſtattgefunden habe, „wo Zweifel zwiſchen den Parteien beſtanden, wie weit ihre beiderſeitige Beſitzcompetenz reicht und wo demnach die ihrem Benützen und Gebrauchen für die Dauer des Proceſſes durch das Uti possidetis gezogene Schranke beginnt, während die Parteien zugleich vor gewaltſamer Störung zurückſchrecken." „Auch die Abſicht, den Zwiſchenbeſitz — ſtatt des etwa beiderſeitigen getheilten Benutzens — durch fructus licitatio zu ordnen, konnte zur vis imaginaria Anlaß geben[27])." Wie in dieſen Fällen präjudicieller Verwendung des Uti possidetis im Eigenthumsſtreite, ſo werde auch in der dritten Phaſe des Interdicts „die nur als Bindeglied zwiſchen Interdict und Inter-

27) S. 108.

dictverfahren — erforderliche, ſachlich irrelevante vis durch gleiche Scheinhandlung beſchafft worden ſein"; ſo habe ſich die richterliche Cognition des Sponſionsverfahrens ganz auf die Unterſuchung des possidere concentriren können. Zur Herbeiführung des Sponſionsverfahrens habe übrigens das vim facere einer Partei genügt: der Dualismus von Sponſion und Reſtipulation habe den Inhalt der Vereinbarung über vis imaginaria für den Ausgang des Proceſſes indifferent gemacht. Doch ſei die Möglichkeit zuzugeſtehen, daß die Doppelſeitigkeit des Interdictverfahrens von der Conſtruction der Repreſſivverwendung des Interdictes als Streit um den beſſern Beſitz ausgegangen ſei.

Von der dritten Phaſe des Uti possidetis ſei endlich das iudicium Cascellianum zu datiren. „Im Interdictverfahren als Incidentverfahren des Eigenthumsſtreites konnte man ſich mit einer (in der summa sponsionis bezw. restipulationis und der summa licitationis gegebenen[27a]) tüchtigen Entſchädigung für die zum Nachtheile einer Partei erfolgte Aenderung der Zwiſchenbeſitzordnung begnügen. Außerhalb des Eigenthumsſtreites war Wiederherſtellung des früheren, ruhigen Beſitzes intendirt: der Beſitz durfte nicht beim Meiſtbieter bleiben, er mußte an den Sieger im Sponſionsverfahren gelangen."

Die überkünſtliche Aufführung dieſes ganzen Gebäudes kann uns darüber nicht täuſchen, daß es völlig in der Luft ſteht. Der Boden, auf dem es vermeintlich errichtet iſt, die zweite Klein'ſche Phaſe unſeres Interdicts, hat, wie wir geſehen haben, nie beſtanden. Indem aber Klein eben dieſes Phantaſiegebilde ſeiner zweiten Phaſe für Wirklichkeit angeſchaut hat, iſt es ſeinem Blicke verborgen geblieben, daß hinter dem Uti possidetis, deſſen Duplicität doch ſchon die Faſſung bei Feſtus in dem par sermo

27a) Vgl. Klein S. 97.

vorausſetzt, womit der Prätor beide Parteien anredet[28]), von jeher ein interdictum secundarium für den Fall ſtehen mußte, wo die Durchführung jenes interdictum primarium in doppelſeitigem Verfahren unterblieb; und daß, während die Durchführung des primarium den der andern Partei gegenüber ſchutzwürdigen Beſitzer zu ermitteln bezweckte, das secundarium vermöge einer durchaus natürlichen Entwickelung ſich zum Schutzmittel des Beſitzes gegen bloße Störungen geſtaltete[29]).

Eben dieſes Verkennen der interdicta secundaria verbunden mit der irrigen[30]) Anſicht, ein außerproceſſuales interdictum prohibitorium ſetze eine bereits geſchehene Verletzung des durch das Verbot geſchützten Verhältniſſes voraus, hat Klein zu der überraſchenden Behauptung verleitet, das Uti possidetis ſeiner dritten Phaſe ſei nur da ſtatthaft geweſen, wo eine vor Erlaß des Interdictes vorgenommene Störung des Beſitzes in ihren Folgen als ſichtbare Beſitzbeeinträchtigung über jenen Erlaß hinaus fortbeſtanden und als Beſitz ihres Urhebers den Beſitz des Gegners belaſtet habe: denn ſo ſei eine Beſitzſtörung zur controversia de possessione geworden. Wozu aber wäre ein derartig beſchränktes Uti possidetis überhaupt nöthig geweſen? würde nicht das reſtitutoriſche Quod vi aut clam[30a]) um ſo vollſtändiger ausgereicht haben, als jene controversia de possessione nach Kleins eigner Meinung gegenüber einem precario factum kaum verwendet worden ſein ſoll?

---

28) Gai. IV, 160: quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur — und dazu Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1836 b Ziffer 47 S. 276.

29) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1836 c Ziffer 56 S. 318 f. und unten Ziffer 13.

30) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 60—64.

30a) Vgl. l. 5 §. 10 i. f. D. de O. N. N. 39, 1.

Erſchien jedoch wirklich eine vor Erlaß des Uti possidetis vorgenommene Beſitzſtörung der bezeichneten Art als interdictswidrige vis, dann war als Grundlage des Sponſionsverfahrens eine vis imaginaria durchaus unnöthig. Der durch die Fortdauer der gegneriſchen Anlage in ſeinem Beſitze Beeinträchtigte hätte ja ohne weiteres zu der sponsio provociren können: quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit[31]).

Die Thatſache endlich, daß das iudicium Cascellianum jüngern Urſprungs iſt, als das Uti possidetis ſelbſt, läßt ſchlechterdings keine Schlußfolgerung darauf zu, das Weſen des Uti possidetis ſei im Laufe der Zeit umgeſtaltet worden. Sie findet einfach ihre Erklärung darin, daß der Prätor vor Einführung des Formularverfahrens actiones nicht aufſtellen konnte, das Uti possidetis aber ſchon zur Zeit des ausſchließlichen Legisactionenverfahrens entſtanden iſt. Wie es damals mit dem Beſitze gehalten wurde, wenn der plus licitans im Sponſionsverfahren unterlag, iſt uns freilich nicht überliefert; ſchwerlich jedoch ſteht der Annahme etwas entgegen, daß der Zweck des Cascellianum auf irgend einem andern Wege erreicht worden ſei[32]).

Der Eintritt der vierten und letzten der von ihm angenommenen Phaſen des Uti possidetis fällt nach Klein[33]) zuſammen mit dem Aufkommen der einſeitigen Vindication. Sie hatte nach ihm ein Bedürfniß zu befriedigen, das ſich erſt mit der Vertheilung der Parteirollen einſtellen konnte; doch habe die neue Verwendung

31) Gai. IV, 166. Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 63 S. 369 ff. und Ziffer 64 und unten Ziffer 15

32) Eine Vermuthung darüber ſ. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838 c Ziffer 94 S. 161 ff und unten Ziffer 7 zu N. 75 S. 407 f.

33) S. 122 ff.

die Erfüllung der bisherigen Functionen unſers Rechtsbehelfes nicht beeinträchtigt, vielmehr neben der präparatoriſchen Aufgabe, von der Gaius und Ulpian ſprechen, ſeine Brauchbarkeit zum Schutze des Beſitzes behalten, ſowohl für den proceſſualen Zwiſchenbeſitz, als für den Beſitz außerhalb des Eigenthumsſtreites. Die Formel habe keine weitere Aenderung erlitten, als den Ausfall des nunc, den Klein in die Zeit zwiſchen Gaius und Ulpian ſetzt[33a]).

Allerdings habe es etwas Auffallendes, daß zur Entſcheidung der Vorfrage: uter possideat zwecks des Eigenthumsſtreites die umſtändliche Form des Uti possidetis gewählt worden ſei. Man werde dieſe Wahl ohne Würdigung des Zuſammenhanges zwiſchen Uti possidetis und proceſſualiſchem Zwiſchenbeſitze nie verſtehen: ſie ſei erfolgt nicht ſo ſehr im Intereſſe der Beſitzermittelung, — wozu jede Präjudicialſponſion genügt hätte —, als vielmehr deshalb, weil Herſtellung ordnungsmäßig im Sinne des Legisactionenverfahrens qualificirten proceſſualen Zwiſchenbeſitzes für die Dauer des Eigenthumsſtreites bezweckt worden ſei. „Es ſollte nicht ſchlechthin Beſitz, ſondern ſpeciell jener Beſitz ermittelt werden, der nach dem Rechte des Legisactionenverfahrens vermöge ſeiner Beſchaffenheit pendente iudicio auf den Schutz durch das Uti possidetis und daher auf Erhaltung zu rechnen hatte. Die Function des Uti possidetis war nach zwei Seiten hin präparatoriſch. Zunächſt für die Ordination des Eigenthumsproceſſes durch Beſtimmung des Beklagten, zugleich aber auch für die ſodann anhebende Streitverhandlung ſelbſt, indem es in Anſehung derſelben einen Beſitzer ergab, der, wenn ihm auch formell ein ſchon erlaſſenes Interdict nicht zur Seite ſtand, doch materiell alle Bedingungen des unverzüglichen Interdictsſchutzes in ſich vereinigte. So erreichte

33a) S. 87 ff. S. 122. Vgl. oben Ziffer 1 S. 360 zu N. 4b.

man zwei Vortheile mit einem Male, und dies wog die mit dem Interdictverfahren verbundenen Beläſtigungen und Weitläufigkeiten auf. Wer aus dem Interdictverfahren als Sieger hervorging, hatte für die Dauer des Proceſſes zum mindeſten dieſelbe Bürgſchaft ruhigen und von der Gegenpartei nicht geſtörten Beſitzes, wie der, dem früher das präventive Gebot des Prätors zur Seite ſtand. Das einſeitige Vindicationsverfahren erhielt auf dieſe Art dieſelbe Garantie eines ruhigen, durch den Zuſammenſtoß der Parteien nicht unterbrochenen Verlaufes, wie das Legisactionenverfahren durch den ausgeſprochenen Friedensbefehl des Uti possidetis". „Der für die Wahl des Uti possidetis angegebene Geſichtspunct war um ſo ſicherer der beſtimmende, als das Uti possidetis nicht ſtets, ſondern nur unter Umſtänden der Vindication vorausgeht, dann nämlich, si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat. In einem ſolchen Falle iſt die Eventualität von Beſitzſtörungen und damit die Wahrſcheinlichkeit eines ſpäteren Interdictverfahrens außerordentlich nahe. Die hier beſprochene Anwendung des Uti possidetis kommt beiden zuvor. Das Uti possidetis in ſeiner präparatoriſchen Function iſt — und das erklärt ſeine Wahl — nicht bloß Beſtimmung der Parteirolle, ſondern zugleich anticipativ Löſung und Austragung aller zwiſchen den beiden Parteien vorhandenen und daher ſonſt während des Proceſſes möglicherweiſe actuell werdenden Beſitzdifferenzen. So erweiſt ſich in dieſer neuen Function zugleich die vorherige Verwendung des Uti possidetis als proceſſualiſches Zwiſchenbeſitz-Schutzmittel. Nur von da aus konnte es zu gleicher Aufgabe für die einſeitige Vindication berufen werden."

In dieſer Ausführung iſt zunächſt völlig ohne Boden die Behauptung, welche die weſentliche Vorausſetzung der

vermeintlichen Erklärung Kleins ausmacht: das Uti possidetis, welches bereits drei verschiedenartigen Functionen gedient habe, sei schließlich zur Feststellung der Parteirollen im einseitigen Eigenthumsstreite deshalb erkoren, „weil Herstellung ordnungsmäßig im Sinne des Legisactionenverfahrens qualificirten processualen Zwischenbesitzes für die Dauer des Eigenthumsstreites bezweckt wurde". Im Legisactionenverfahren[34]) gab es keinen andern processualen Zwischenbesitz, als den durch die Vindicienertheilung seitens des Magistrats geschaffenen; bei diesem aber wissen wir von keiner weitern Qualification, als derjenigen, welche er durch seine Anordnung kraft des magistratischen imperium erhielt. Es ist völlig unbekannt, ob bei seiner Ertheilung der Magistrat von festgestellten Gesichtspuncten ausging, und worin diese etwa bestanden; jedenfalls ist es höchstens eine sehr unsichere Vermuthung, daß es schon vor Einführung des Uti possidetis die nämlichen gewesen seien, nach denen demnächst der Schutz des Interdictes gewährt wurde: für die uns wirklich bezeugte Anwendung dieses Rechtsbehelfs ist damit ganz und gar nichts erklärt.

Von selbst dagegen versteht es sich, daß der Prätor nicht füglich mittels Zuerkennung des Besitzes durch das Uti possidetis die Beklagtenrolle für den Eigenthumsproceß einer Partei ertheilen konnte, welcher der Gegner noch während dieses Processes den Besitz und damit zugleich jene Rolle mittels eines recuperatorischen Interdictes abzunehmen vermochte: eben diese Möglichkeit wird durch die exceptio vitiosae possessionis ausgeschlossen.

Richtig ist es allerdings, daß zwecks der gerichtlichen Ermittelung desjenigen zweier Eigenthumsprätendenten, der beim Beginne des Rechtsstreites thatsächlich besessen

34) Genauer: im Verfahren der legis actio sacramento in rem.

hat, ein reines Präjudicialverfahren genügt haben würde. Und damit würde zugleich die Beklagtenrolle für einen zwischen eben diesen Parteien beabsichtigten Eigenthumsproceß festgestellt gewesen sein, falls diese wirklich schlechthin demjenigen hätte bestimmt sein sollen, der für den entscheidenden Augenblick als thatsächlicher Besitzer anerkannt worden wäre. Allein das war ganz und gar nicht die Absicht des Prätors, der durch Sonderung der Parteirollen zuerst die Möglichkeit eines einseitigen Eigenthumsstreites geschaffen hat: er wollte den Vortheil der Beklagtenrolle dem bei Erlaß des Interdictes thatsächlich Besitzenden keineswegs unter allen Umständen zuwenden, sondern nur dann, wenn dieser iuste ab adversario besäße. Andernfalls würde er ja in jenem Vortheile geradezu eine Prämie auf die iniusta possessio gesetzt haben. Nun wäre es freilich möglich gewesen da, wo der thatsächliche Besitzer iniuste vom Gegner besaß, keinem von beiden die Beklagtenrolle für den Eigenthumsproceß zu ertheilen, es vielmehr bei dem alten doppelseitigen Eigenthumsprocesse zu belassen. Indessen dürfte sich dies um so weniger empfohlen haben, als es dem iniuste seines Besitzes Entsetzten wie später so gewiß von jeher gestattet war, sofern er sich nur der bewaffneten Gewalt enthielt, den iniuste a se possidens wiederum zu entsetzen. Denn hätte der Prätor dem Letztern gegenüber jenen als Besitzer nicht anerkennen wollen, bevor er thatsächlich den Besitz wieder an sich gebracht hatte, so hätte darin eine sehr verständliche Aufforderung für ihn liegen müssen, die Entsetzung ernstlich zu versuchen. Eben deshalb zog der Prätor es vor, sein Interdict nicht bloß da als duplex zu erlassen, wo es streitig war, wer von beiden zur Zeit des Erlasses wirklich den Besitz hatte[34a]), sondern in jedem

34a) Beiläufig bemerkt ist dies nur da möglich, wo entweder der Besitz in einzelnen Ausübungshandlungen besteht, wie sie

Falle, alſo namentlich auch dann, wenn es ganz unbeſtritten war, wer thatſächlich beſaß, der Gegner aber behauptete, jener beſitze iniuste von ihm. Sollte jedoch auch für dieſen Fall das Interdict dazu dienen, die Beklagtenrolle für den Eigenthumsproceß feſtzuſtellen, ſo durfte es ſelbſtverſtändlich ſich nicht auf ein bloßes Präjudicium beſchränken, mußte vielmehr auf ein Verfahren hinauslaufen, mittels deſſen entweder der Beſitz an den beim Erlaſſe des Interdicts thatſächlich nicht Beſitzenden gelangte, oder doch der unterlegene Beſitzer genöthigt wurde, für die Nichtherausgabe des Beſitzes eine Entſchädigung zu leiſten, welche er nur dann zurückerhielt, wenn er ſeinerſeits als Kläger auftretend ſein Eigenthum erwies[35]).

Da, wie wir zeigen werden[35a]), das doppelſeitige Verfahren aus dem Uti possidetis nach dem Berichte des Gaius dieſen Anforderungen durchaus genügt, ſo erſcheint jenes Interdict als ein für die ihm dort beigelegte Anwendung von vornherein trefflich geeigneter Rechtsbehelf: es iſt völlig unnöthig, dieſe Anwendung künſtlich erſt aus einer frühern zu erklären, welche vielmehr ihrerſeits, wie wir geſehen haben, ein bloßes Phantaſiegebilde iſt.

Wir halten alſo daran feſt, daß das Uti possidetis ungeachtet einiger Aenderungen ſeiner Faſſung von Anfang an die gleiche Bedeutung gehabt hat, die ihm laut der oben mitgetheilten Quellenzeugniſſe in der claſſiſchen Zeit zugekommen iſt.

---

jeder Theil vorgenommen zu haben behauptet; oder wo er durch einen Dritten ausgeübt wird, den jede Partei für ihren Detentor ausgiebt.

35) Dies iſt der unus casus des §. 2 J. de act. 4, 6. S. Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 13 S. 401 ff.

35a) S. unten Ziffer 7 f.

3. Das Uti possidetis ist ein interdictum duplex.

Als solches kann es gleichzeitig von beiden Parteien impetrirt werden; und falls beide ernstlich beabsichtigten, den Besitzanspruch zu erheben, kam eine Impetration beider gewiß um so häufiger vor, als ja zwecks Empfangnahme des Interdicts beide gleichzeitig vor dem Prätor erscheinen mußten. Nothwendig indessen war ein beiderseitiges Bitten um das Interdict durchaus nicht. Es ergiebt sich dies schon daraus, daß das nur gegen eine Partei gerichtete interdictum secundarium erst ergehen konnte, nachdem das duplex interdictum primarium vorangegangen war, ohne daß sich daran die cetera ex interdicto angeschlossen hatten. Nun aber würde es geradezu widersinnig gewesen sein, den das bezweckte einseitige Verfahren bedingenden Erlaß des primarium davon abhängig zu machen, daß auch der Gegner, wider den jenes weitere Verfahren sich richten sollte, um diesen Erlaß bat. Mithin mußte es vollauf genügen, wenn nur Ein Streittheil denselben beantragte[36]). Es verhält sich also in dieser Beziehung mit der Duplicität des Interdicts geradeso wie mit derjenigen der Theilungsklagen: auch bei den letzteren braucht der formelle Angriff, die Erbittung der actio, nur von Einer Partei auszugehen[36a]), wennschon sehr häufig alle Betheiligte die Klage erheben[36b]).

36) Eben deshalb darf vom Uti possidetis geradezu gesagt werden: sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur. L. 3 §§. 2—4 h. t.

Daß ein interdictum duplex einseitig beantragt werden konnte, bezeugt l. 1 §. 26 D. de aq. cott. 43, 20: duplex interdictum utrique competit, d. h. ein jeder von beiden hat Anspruch auf das Interdict.

36a) L. 13 D. de iud. 5, 1 = l. 2 §. 1 D. comm. div. 10, 3; l. 43 D. fam. ercisc. 10, 2.

36b) L. 14 D. de iud. 5, 1.

Vgl. im ganzen Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836b Ziffer 53 S. 292 f.

Das im Interdicte ausgeſprochene Verbot des Prätors, mag es nun im Einzelfalle auf Antrag beider Parteien ergehen oder auf einſeitigen Antrag, richtet ſich laut ſeiner Faſſung ſtets gleichmäßig an beide Parteien. Kraft ſeines Erlaſſes kommt daher beiden nothwendig die gleiche Parteiſtellung zu; jede iſt für das Verfahren ex interdicto zu der Doppelrolle des Klägers und des Beklagten berufen; insbeſondere kann auch da, wo das Interdict auf einſeitigen Antrag ergangen iſt, der Impetrant verurtheilt werden.

Gai. IV, 150:

Et si quidem de fundo vel aedibus interdicitur, eum potiorem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat etc.

Gai. IV, 160:

Duplicia (scil. interdicta) sunt veluti Uti possidetis interdictum et Utrubi. ideo autem duplicia vocantur, quod *p*ar utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utr*o*que loquitur. n*am* summa conceptio eorum interdictorum haec est etc. (ſ. oben S. 358.)

Gai. IV, 166 a:

— iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, [*quod*] praetor interdicto conplexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdict*um* redditur, nec vi nec clam nec precario poss*ed*er*it* etc.

L. 1 §. 1 h. t.:

Hoc interdictum de soli possessore[36c]) scriptum est, quem potiorem praetor in soli possessione habeat, et est prohibitorium ad retinendam possessionem.

36c) de eo *scr.* M.

L. 3 §. 1 h. t.:

Ulp. lib 69. ad ed. Hoc interdictum duplex est et hi, quibus competit, et actores et rei sunt.

Paul. V, 6, 1:

Retinendae possessionis gratia comparata sunt interdicta, per quae eam possessionem, quam iam habemus, retinere volumus, quale est Uti possidetis de rebus soli et Utrubi de re mobili. et in priore quidem is potior est, qui redditi interdicti tempore nec vi nec clam nec precario ab adversario possedit etc.

§. 4ª J. de interd. 4, 15:

Sed interdicto quidem Uti possidetis de fundi vel aedium possessione contenditur etc. — Uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nanctus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerit aut clam abripuerit alienam possessionem aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret etc.

Indeſſen liegt keiner Partei, ſelbſt derjenigen nicht, auf deren einſeitigen Antrag das Interdict ergangen iſt, eine rechtliche Nöthigung ob, ſich auf das doppelſeitige Verfahren ex interdicto reddito einzulaſſen, noch auch, wenn ſie dies gethan hat, dasſelbe bis zu Ende durchzuführen. Falls jedoch eine Partei von der ihr kraft des Interdictes eröffneten Möglichkeit des doppelſeitigen Verfahrens nicht erſchöpfenden Gebrauch macht, ſo iſt der weitere Verlauf dieſes Verfahrens endgültig gehemmt, und es wird nunmehr dem Gegner jener Partei, ſofern er bis dahin ſeinerſeits das zur Fortführung des doppelſeitigen Verfahrens Erforderliche gethan hat, die Befugniß gegeben, ein interdictum secundarium zu erwirken, um den Rechtsſtreit zum Abſchluſſe zu bringen.

Die Eigenthümlichkeiten des doppelſeitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis ſind erſt aus der veroneſer

Handſchrift der Inſtitutionen des Gaius überhaupt bekannt geworden, und eine zuverläſſige, wenngleich immer noch lückenhafte, Kunde der zu dieſem Interdicte gehörigen interdicta secundaria verdanken wir ſogar erſt der Entzifferung jener Handſchrift durch Studemund.

Wir haben nun die danach vorliegende Darſtellung des Gaius bereits in der allgemeinen Lehre von den Interdicten eingehend erörtern müſſen. So dürfen wir uns hier auf eine Zuſammenſtellung unſrer eignen dort entwickelten Anſichten beſchränken, ohne das dort gegen andere Meinungen Vorgebrachte zu wiederholen.

4. Ohne Zweifel hat Gaius in ſeiner Darſtellung des Uti possidetis ſich auch über das Weſen der vis geäußert, deren beiderſeitige Vornahme den Beginn des doppelſeitigen Verfahrens aus dem Interdicte bildete. Allein die Seiten 242 und 243 der veroneſer Handſchrift, welche dieſe Aeußerung vermuthlich enthalten haben, ſind leider nahezu unlesbar. So ſind wir genöthigt, unſere Anſchauung von jener vis anderweit zu ſuchen.

Nach meiner Anſicht muß das an beide Parteien gerichtete Verbot des Prätors, eigenmächtig den iuste zwiſchen ihnen beſtehenden Beſitzſtand zu ändern, ebenſo real gemeint geweſen ſein, wie das Verbot der interdicta prohibitoria simplicia real gemeint war[37]). Unter dieſer Vorausſetzung allein durfte Gaius[38]) als erſtes Beiſpiel eines prohibitoriſchen Interdictes gerade das interdictum retinendae possessionis aufführen; er hätte ein verwirrendes Spiel mit dem Ausdrucke: prohibet fieri —

37) Vgl l. 2 pr. §§. 17 sqq. l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 §. 12 D. ne quid in flum. publ. 43, 13: Thl. I dieſer Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 61 S. 356ff.

38) IV, 140: Vocantur — interdicta vero, cum prohibet fieri, veluti cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat.

getrieben, wenn das Uti possidetis „nur der äußern Form nach prohibitoriſch“ wäre.

Wie nun das agere aus einem interdictum prohibitorium simplex vorausſetzt, daß der Impetrant den Impetraten einer Verletzung des Verbotes zeihe, ſo erfordert entſprechend das doppelſeitige agere aus dem Uti possidetis, daß jeder Theil dem andern eine interdictswidrige Handlung zur Laſt lege. Eine ſolche aber läßt ſich gemäß dem realen Verbote des Interdicts nur in einer realen vis erblicken; insbeſondere erſcheint eine ſ. g. vis ex conventu, d. h. eine nach Vereinbarung der Parteien vorgenommene Handlung, ungeeignet, das doppelſeitige Verfahren aus dem Interdicte zu eröffnen[39]).

39) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1836 Ziffer 39—45.

Neuerdings iſt Pflüger a. a. O. S. 21—69 wieder für die vis ex conventu eingetreten, die er in der deductio moribus erblickt. Er entnimmt ſeine Beweisgründe der Rede Ciceros für Caecina, indem er davon ausgeht, daß der Streit zwiſchen Caecina und Aebutius über das Eigenthum am fundus Fulcinianus gar nicht anders hätte ausgefochten werden können, als mittels einer rei vindicatio, für welche bei der Beſtrittenheit des Beſitzes die Parteirollen zuvor durch das Uti possidetis hätten feſtgeſtellt werden müſſen. Dies Interdict ſei in der That ergangen, und daraufhin ſei dann die pro Caec. 7, 20 berichtete Vereinbarung über die deductio moribus erfolgt. Freilich erwähne Cicero von dem vorangegangenen Uti possidetis nichts; allein er habe guten Grund gehabt, hierüber zu ſchweigen, da er ſonſt die unbequeme Thatſache eingeſtanden haben würde, daß der Beſitz Caecinas ſtreitig ſei. Gleichwohl habe der Redner es nicht vermeiden können, daß die controversia de possessione hie und da in ſeinen Worten durchſchimmere, ſo 1, 2; 3, 8 (wo unter der lenior actio im Gegenſatze zum Unde vi das Uti possidetis gemeint ſei); 11, 33 und 14, 41. Geradezu beweiſend für ſeine Anſicht hält Pflüger 16, 45 (ſ. unten

So unmittelbar dieſe Anſicht aus dem Weſen eines prohibitoriſchen Interdictes ſich zu ergeben ſcheint, ſo

---

S. 390): hier ſei offenbar ein beiderſeitiges vereinbartes Kommen gemeint, welches wegen des alterthümlichen, techniſch klingenden Ausdrucks ad vim faciundam nur auf die vis ex conventu oder deductio moribus bezogen werden könne; die am Schluſſe der Stelle angeführte sponsio aber wegen vis adversus edictum ſei nur möglich, wenn ein Interdict bereits erlaſſen war. Allerdings ſcheine die deductio moribus bei Cic. pro Tull. 8, 20 Pflügers Anſicht inſofern zu widerſprechen, als ihr ein Verfahren vor dem Prätor nicht vorangegangen ſei. Allein es ſei „nicht denkbar", daß der Magiſtrat von Thurii, in deſſen Gebiete das zwiſchen Tullius und Fabius ſtreitige Grundſtück lag, nicht für den Erlaß des Interdictes zuſtändig geweſen ſei; demnach dürfe angenommen werden, dieſer habe das Interdict erlaſſen, und die Parteien haben darauf vereinbart, Tullius ſollte die deductio vornehmen und zur gerichtlichen Erledigung der Sache dem Gegner vadimonium nach Rom beſtellen. Der praktiſche Zweck der, wegen der Reiſe zum ſtreitigen Grundſtücke oft unleugbar überaus läſtigen, deductio in re praesenti habe in der ſorgfältigen Feſtſtellung der Identität des Streitgegenſtandes gelegen: dieſer Feſtſtellung halber ſei jene Reiſe nothwendig geweſen, und ſo habe man ſie zugleich zwecks Vornahme der aus formellem Grunde erforderlichen ſymboliſchen vis benutzt, die man ſonſt, wie die manuum consertio, an einer Scholle in iure ſich bequemer gemacht haben würde.

Was zunächſt pro Caec. 1, 2; 11, 33 und 14, 41 betrifft, ſo genügt die Verweiſung auf Thl. 1 S. 230 ff. — Pro Caec. 16, 45 ſodann bezieht ſich freilich auf das Uti possidetis; allein es iſt durchaus nicht geboten, die dort erwähnte vis faciunda von einer vis ex conventu zu verſtehen. Gehörte zur Eröffnung des doppelſeitigen Verfahrens ex interdicto beiderſeitige reale vis, ſo ließ ſich dieſe recht füglich von altersher techniſch vis faciunda nennen. Das veniretur aber bezeichnet keineswegs die beiden Parteien eines beſtimmten Beſitzſtreites, ſondern die Mehrheit einzelner

lebhaft wird sie noch immer bestritten. Demnach dürfen wir uns der Aufgabe nicht entziehen, sie auch im gegenwärtigen Zusammenhange zu begründen.

Parteien in einer Mehrzahl von Besitzprocessen, genau entsprechend den folgenden Pluralen: conspexissent, discederent, possent, die zweifellos nicht auf beide Parteien des nämlichen Processes gehen, — m. a. W. unser deutsches „man". S. Kühner, Schulgrammatik der Lateinischen Sprache §. 124 Anm. 13 unter b und c. Im übrigen s. Thl. 1 S. 219 ff. und S. 243 f. — Unter der lenior (oder levior) causa pro Caec. 3, 8 das Uti possidetis zu verstehen, cuius est executio perplexissima, verbietet geradezu der gleichbedeutende zweite Ausdruck: facilius et commodius iudicium. S. Thl. 2. S. 4 N. 5. — Der Grundirrthum Pflügers steckt in der Voraussetzung, zur Zeit der Rede pro Caecina haben für jede vindicatio fundi die Parteirollen durch das Uti possidetis festgestellt werden müssen. War doch noch in Ciceros Consulatsjahre a. u. 691 für eine solche vindicatio die legis actio sacramento in rem statthaft (pro Mur. 12, 26), bei welcher die Parteirollen ungetrennt blieben. Dieser Irrthum hat Pflüger dann verleitet, sowohl in Caecinas Fall, als in den Fall des Tullius den Erlaß des Uti possidetis hineinzutragen. Allein, bildete die deductio die Voraussetzung für das doppelseitige Verfahren aus dem Uti possidetis, war sie m. a. W. für Parteien, welche dieses Verfahren durchführen wollten, die selbstverständliche Folge des Interdictes, — so hätte der Beirath seiner Freunde (7, 20; 32, 15), namentlich des C. Aquilius, dem Caecina zwar wohl dienlich sein können, solange der Entschluß zur Erwirkung des Interdictes in Frage stand; für die Vereinbarung über die sachlich ganz gleichgültige deductio jedoch würde dieser Beirath höchst überflüssig gewesen sein. Und was hätte bei dem angenommenen Verhältnisse zwischen dem Uti possidetis und der deductio Cicero von seinem Schweigen über jenes erhoffen dürfen, da er ja doch diese erwähnen mußte?! — Im Falle des Tullius aber ist es nicht unbedenklich, dem Municipalmagistrate von Thurii die Zuständigkeit für den Erluß eines Interdictes beizulegen,

Zunächst beweiſet *Cic.* pro Caec. 16, 45:

> At vero hoc quidem iam vetus est et maiorum exemplo multis in rebus usitatum: quum ad vim faciundam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent, ni adversus edictum praetoris vis facta esset. —

wenigſtens ſoviel, daß eine reale Gewalt die Grundlage für die sponsio aus dem Uti possidetis bilden konnte, daß folglich eine vis ex conventu zu den formellen Vorausſetzungen des doppelſeitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis nicht gehörte.

Nun aber waren die Sponſionen aus dem Interdicte in jedem Falle ſehr ernſtlich gemeinte Poenalſtipulationen darüber, ob eine von beiden Parteien das im Interdicte beiden ertheilte Verbot einer edictswidrigen vis verletzt habe. Wie wäre es zu rechtfertigen geweſen, daß derartige Sponſionen jemals auf Grund einer im Einverſtändniſſe der Parteien, alſo nur zum Scheine, vorgenommenen vis hätten verfallen ſollen[40])!

Vollends iſt es nur unter der Vorausſetzung realer vis verſtändlich, daß man beim Uti possidetis ſich nicht mit einfachen Sponſionen begnügte, ſondern Doppelſponſionen verlangte: der unterliegende Theil hatte nicht nur den begründeten Anſpruch des Gegners thatſächlich beſtritten, ſondern ſeinerſeits eine an ſich verbotene Handlung vorgenommen. Dagegen würde für ein Verfahren auf Grund einer vis ex conventu die zweifache

---

welches doch auf dem imperium beruht. S. Thl. 1 Ziffer 2. — In der That hat die deductio moribus mit dem Uti possidetis ganz und gar nichts zu thun, — ſo wenig, daß ſie vielmehr gerade nur da vorkam, wo dieſes nicht ſtattgefunden hatte, nämlich bei der vindicatio fundi per legis actionem sacramento in rem. S. unten §. 1852 Ziffer 4.

40) Vgl. Bruns, Beſitzklagen S. 36 ff.

Proceßbuße mehr als unbillig gewesen sein, denn sachlich hätte es sich hier doch nur um eine Feststellung gehandelt.

Und so wenig Gaius als erstes Beispiel eines prohibitorischen Interdicts das interdictum retinendae possessionis hätte aufführen dürfen, wenn das in demselben ausgesprochene Verbot nicht gerade so real gemeint war, wie das Verbot der einseitigen prohibitorischen Interdicte, — ebenso wenig hätte er hinsichtlich des weitern Verfahrens jenes Interdict mit diesen unter den gemeinsamen Ausdruck zusammenfassen dürfen[41]), es werde vor iudex oder recuperatores editis formulis untersucht, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, wenn jenes nicht auch in Beziehung auf die Beurtheilung dessen, was als vis adversus edictum facta zu gelten habe, den gleichen Grundsätzen unterlag, wie diese Interdicte: die Ausdrucksweise des Juristen wäre irreführend, wenn ungeachtet ihrer, der allgemeinen Sponsionsform entsprechenden Fassung[42]), der wirkliche Inhalt der Sponsionen aus jenem Interdicte sich im Gegensatze zu dem Inhalte der Sponsionen aus allen übrigen prohibitorischen Interdicten auf eine vis ex conventu bezogen hätte[43]).

Neben der Schwierigkeit, für die deductio moribus in irgend einem Proceßverfahren eine geeignete Stelle zu finden[44]), hat wohl kaum ein anderer Umstand das richtige Verständniß des im Uti possidetis ausgesproche-

41) Gai. IV, 141.

42) Gai. IV, 166: postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit etc.

43) Vgl. zu dem im Texte Gesagten Thl. 1 dieses Commentars Ziffer 44 S. 250 f., Ziffer 45 S. 260 ff.

44) Pflüger, a. a. O. S 51. Vgl. darüber unten §. 1852 Ziffer 4.

nen Verbotes so sehr verhindert, als eine unklare Vorstellung von der realen vis, welche nach unsrer Ansicht von beiden Parteien vorgenommen sein muß, wenn es zum doppelseitigen Verfahren ex interdicto kommen soll.

Wir sehen hier ganz ab von der Meinung, daß der Prätor vermöge des nämlichen Interdictes, durch welches er beiden Parteien jede edictswidrige Gewalt verbot, zugleich zwecks Austragung ihrer controversia de possessione eine derartige vis insofern anbefohlen habe, als er gegen denjenigen, der sie unterlassen werde, ein interdictum secundarium in Aussicht stellte; — es genügt, darauf hinzuweisen, daß das interdictum secundarium jedenfalls einem solchen Impetraten des primarium keinerlei Nachtheil androht, der seinerseits einen Besitzanspruch nicht erhebt[45]).

Allein nimmt man auch einen Zwang zur Vornahme einer edictswidrigen vis im Verfahren aus dem Uti possidetis nicht an, so scheint es doch anstößig genug, daß diejenige Partei, welche das doppelseitige Verfahren einzuschlagen wünscht, zu dessen Eröffnung eine reale vis zu begehen habe. Die griechische Paraphrase der Institutionen sagt zu pr. J. de interd. 4, 15:

Ἡνίκα τοίνυν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς μεταξὺ δύο τινῶν γίνεται φιλονεικία, ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα, τοῦτο αὐτῷ διηγούμενοι, ἐπειδὴ συμβαίνει πολλάκις, καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι, καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, καὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι ἐν τοιαύταις φιλονεικίαις, καὶ διηγοῦνται τῷ πραίτωρι τὸ γεγονός· ὁ δὲ λέγει μεταξὺ αὐτῶν ῥήματά τινα κτλ.

Und doch sollte es zwecks der gerichtlichen Entscheidung des Besitzstreites unumgänglich gewesen sein, sich der Gefahr von Schlägen, Verwundung, Tödtung auszusetzen oder gar selbst Derartiges zu begehen[46])?!

45) S. Thl. 1 Ziffer 40 S. 225 ff.
46) Vgl. Pflüger a. a. O. S. 21 ff.

Ja, — wenn es nach Erlaß des Interdictes noch darauf ankäme und ankommen könnte, daß der thatsächlich nicht Besitzende sich in den thatsächlichen Besitz setze, und daß der thatsächlich Besitzende umgekehrt gegen Angriffe aller Art seinen thatsächlichen Besitz behaupte! Davon jedoch ist durchaus nicht die Rede; darauf einzig und allein kommt es an, daß eine jede Partei den Besitzanspruch, den sie durch Erwirkung des Interdicts erhoben hat oder in der Vertheidigung wider dasselbe erheben will, irgendwie bethätige. Halten wir aber den Umstand im Auge, daß das im Interdicte ausgesprochene Verbot der vis weder den iuste ab adversario possidens trifft, der seine thatsächliche Verfügung über die Sache fortsetzt, noch auch den thatsächlich nicht Besitzenden, der den Besitz des iniuste von ihm besitzenden Gegners thätlich angreift, — so werden wir es ziemlich selbstverständlich finden, daß diejenige Partei, welche entweder behauptet, ihrerseits iuste ab adversario zu besitzen, oder umgekehrt, von diesem iniuste entsetzt zu sein, nunmehr auch den vollen Ernst ihrer Behauptung bekunde, indem sie etwas thut, was ihrer Behauptung gemäß erlaubt, wenngleich gemäß der Behauptung des Gegners vis adversus edictum ist.

In allen Fällen eines beiderseitigen Anspruchs auf Schutz der beiderseits einander gegenüber behaupteten iusta possessio muß mindestens Ein Theil behaupten, thatsächliche Herrschaft über den Streitgegenstand zu haben.

Handelt es sich um einen solchen Besitz eines Grundstückes, welcher in einem dauernden Bewohnen desselben besteht, so muß laut ihrer eignen Angabe eine beider Parteien eben der Bewohner dieses Grundstückes sein. Es ist nun gewiß selbstverständlich, daß diese Partei, sofern sie iuste ab adversario zu besitzen behauptet und es demnach zum weitern Verfahren kommen lassen will, auch nach Erlaß des Interdicts in diesem Zustande des Be-

wohnens beharrt. Umgekehrt darf die thatsächlich nicht besitzende Gegenpartei, welche behauptet, der Gegner habe ihr iniuste den Besitz entzogen, jedenfalls sofern sie von ihrer eignen Behauptung überzeugt ist, erwarten, daß der Gegner gemäß dem Interdicte ihr auf ihr erneutes Verlangen den Besitz räumen werde, der ihr ja iuste gehört. Dieses Verlangen aber geht auf unmittelbares Räumen des Besitzes für die thatsächlich nicht besitzende Partei: es wird also wirksam nur dadurch ausgedrückt, daß die letztere in einer Weise das streitige Grundstück betritt oder doch demselben sich nähert, welche sie in den Stand setzt, über jenes Grundstück sofort thatsächlich zu verfügen, sobald der Gegner sie zuläßt[47]). Weicht der Gegner nicht, so kann sie sich ohne weiteres zurückziehen; irgend eine Thätlichkeit ist durchaus nicht erforderlich, gerade so wenig, wie es derjenige, der seinen solo animo geübten Besitz von einem Dritten occupirt findet, bei dem Versuche, jenen Besitz festzuhalten, erst auf Thätlichkeiten ankommen zu lassen braucht, um infolge der Zurückweisung dieses Versuches als dejicirt zu gelten[48]). Gerade aber die Behandlung dessen, der erfährt, daß sein solo animo besessenes Grundstück clam occupirt ist, zeigt, wie angemessen es die Römer fanden, zwecks der Geltendmachung des Besitzrechtes Selbsthülfe zu verlangen: verliert doch dieser Besitzer nicht nur seinen Besitz, sondern

47) Das durch Anstellung der Vindication ausgedrückte Verlangen auf Herausgabe des Besitzes gilt als eine den Beginn des doppelseitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis eröffnende vis nicht. L. 155 §. 1 D. de R. J. 50, 17 (Paul. lib. 65. ad ed.): Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur. Vgl. Lenel, paling. I col. 1082 nr. 758 n. 4.

48) L. 6 §. 1 D. de a. p. 41, 2; l. 1 §. 24; l. 3 §. 14; l. 12 und l. 18 pr. D. de vi 43, 16. S. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 102 f.

damit zugleich auch jeden Besitzschutz, wenn er auf jene Kunde hin nicht alsbald versucht, den Eindringling zu vertreiben[48a]). Vom Standpuncte des Nichtbesitzers aber, welcher behauptet, der Gegner habe ihm vitio den Besitz entzogen, ist die Bethätigung seines Besitzwillens eben nichts Anderes als erlaubte Selbsthülfe. Nunmehr ist das erste Stück der cetera ex interdicto vollzogen: das Beharren in dem thatsächlichen Besitze auf der einen Seite trotz der Anforderung der Räumung seitens des Gegners, die thatsächliche Anforderung der unmittelbaren Räumung von der andern Seite ist schon eine reale vis, welche zum weitern Verlaufe des doppelseitigen Verfahrens genügt. Die Entscheidung des Geschwornen über die Sponsionen ex interdicto primario dahin: uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit, besagt nothwendig zugleich, daß entweder die Abweisung des Räumungsverlangens durch den thatsächlichen Besitzer, oder umgekehrt eben dieses, dem thatsächlichen Besitzer vom Gegner durch dessen Auftreten bei oder auf dem streitigen Grundstücke thatsächlich gestellte Räumungsverlangen eine vis adversus edictum facta sei, während die von der andern Partei vorgenommene reale vis wider das Verbot des interdictum redditum nicht verstoße.

Wo möglich noch unerläßlicher stellt sich das Erforderniß einer realen vis in dem Falle heraus, wo der streitige Besitz eines Grundstücks nicht in einem dauernden Zustande besteht, sondern in einzelnen thatsächlichen Verfügungen. Dem iuste possidens wird durch das Interdict die Vornahme solcher Handlungen nicht verboten: da nun jede Partei iuste possidens zu sein behauptet, so wird sie auch nach dem Erlasse des Interdictes noch versuchen, derartige Handlungen vorzunehmen. Entgegen-

48a) S. unten Ziffer 9 zu N. 14.

geſetztenfalls, d. h. wenn keine Partei dieſen Verſuch machte, würde das Grundſtück beſitzlos werden[48b]). Die Vornahme aber einer Verfügung an dem Grundſtücke, ja ſchon der in unmittelbarer Nähe desſelben gemachte, jedoch durch den Gegner vereitelte, Verſuch dazu iſt eine reale vis; und die Entſcheidung über die Sponſionen wird demnächſt feſtſtellen, von welcher Seite damit eine vis adversus edictum vorgenommen worden ſei. Es ergiebt ſich dies mit aller Beſtimmtheit aus der oben angeführten Stelle Cic. pro Caec. 16, 45[49]). Nach der dort beſprochenen Flucht des ad vim faciundam Kommenden vor heranrückenden Bewaffneten iſt die sponsio ſtatthaft: ni adversus edictum praetoris vis facta esset. Allerdings bezieht ſich dieſe Sponſion auf diejenige vis, welche in der Bedrohung durch die Bewaffneten liegt; allein ſie würde gar nicht zum Abſchluſſe gelangt ſein, wenn nicht gleichzeitig eine Sponſion mit umgekehrten Parteirollen über eine vis des Gegners hätte erfolgen können. Es wird alſo eine ſolche ſchon erblickt in dem venire ad vim faciundam.

Demnach iſt es in der That keine unerhörte Zumuthung an die Partei, welche ſich auf das doppelſeitige Verfahren aus dem Uti possidetis einlaſſen will, m. a. W. ihrerſeits den Beſitz beanſprucht, zu dieſem Behufe eine reale vis vorzunehmen; eine ſolche Anforderung widerſtrebt dem allgemeinen Zwecke des interdictum retinendae possessionis ganz und gar nicht.

Der weitere Verlauf des doppelſeitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis ſetzt alſo beiderſeits eine nach dem Erlaſſe des Interdicts vorgenommene Handlung voraus, welche der Gegner als vis adversus edictum facta anſehen

48b) S. unten Ziffer 11 zu Anfang.

49) S. oben S. 390.

muß; andernfalls würde er Anſpruch auf das interdictum secundarium haben, ſobald er ſelbſt eine derartige vis ausgeübt hat. Da aber die, jene vis enthaltende, Handlung eine außergerichtliche iſt, ſo hat die Partei, welche ſie vornimmt, dringenden Anlaß, ſich den Beweis dafür zu ſichern, daß ſie dieſelbe vorgenommen und damit die ihr obliegenden cetera ex interdicto begonnen habe. Umgekehrt hat jede Partei das größeſte Intereſſe daran, das vim fecisse des Gegners zu beſtreiten, um ihrerſeits das secundarium zu erlangen. Es erſcheint hiernach geradezu undenkbar, daß man ſich gegenſeitig dieſes vim fecisse ſogar im bewußten Widerſpruche zur Wahrheit zugeſtanden habe. Vielmehr wird jede Partei die vom Gegner beantragte fructus licitatio mit Erfolg ſolange als ganz unzuläſſig verweigert haben, bis es feſtgeſtellt worden war, daß auch er vim fecit. Dieſe Feſtſtellung mußte natürlich vor dem Prätor geſchehen. — Eine ſehr beſtimmte Hindeutung auf dieſen Beweis finde ich in der bereits mehrfach benutzten Stelle Cic. pro Caec. 16, 45[50]). Nach dieſer Stelle nämlich ziehen ſich diejenigen, welche ad vim faciundam zu einem Grundſtücke gekommen ſind, von dort testificati zurück, weil ſie von fern Bewaffnete heranrücken ſehen: es müſſen ihnen alſo Zeugen zugebote ſtehen. Und dergleichen ſoll häufig vorgekommen ſein (multis in rebus usitatum). Auf Zeugen aber kann man bei einem derartigen Hergange nur dann rechnen, wenn man ſie ſelbſt mitbringt. Natürlich geſchieht das nicht zu dem Zwecke, eine, doch immerhin nicht von vornherein erwartete, Dejection bekunden zu laſſen, vielmehr zu dem Zwecke, für dasjenige einen Beweis zu haben, was man ſelbſt vornehmen will. Das iſt eben die vis faciunda. In der That hat das testificati nur hierauf bezogen einen guten Sinn. Einerſeits nämlich verſteht es ſich ganz von

50) S. oben S. 390.

ſelbſt, daß der durch die Bewaffneten Vertriebene mit Ausſicht auf Erfolg die Sponſion über die vom Gegner verübte vis nur dann eingehen kann, wenn dieſe vis rechtlich als gewiß gilt; anderſeits indeſſen braucht dieſe Gewißheit keineswegs durch Beweis ſeitens des Vertriebenen erbracht zu werden, geſchweige denn gerade durch Zeugen. Vielmehr gebietet es, wie dargelegt, umgekehrt der eigne Vortheil des Vertreibenden, die Vertreibung als eine vis anerkannt zu ſehen, welche ſeinerſeits zur Einleitung des doppelſeitigen Verfahrens ex interdicto geeignet iſt: er wird alſo nicht verfehlen, ſie einzugeſtehen, oder vielmehr ſie ſeinerſeits zu behaupten. Es wäre folglich nicht nur überflüſſig, ſondern es wäre geradezu falſch, wollte der Redner Zuläſſigkeit und Erfolg dieſer Sponſion von einem Zeugenbeweiſe ſeitens des Vertriebenen abhängig machen. Allein es kommt überhaupt nicht zu dieſer Sponſion, ſondern zum interdictum secundarium gegen den Vertriebenen, wenn dieſer nicht nachzuweiſen vermag, daß auch ſeinerſeits eine reale vis vorliegt, welche ſich zur Grundlage für eine zweite Sponſion mit umgekehrten Parteirollen eignen kann. Nun jedoch läßt ſich ſein Herankommen an das ſtreitige Grundſtück unter den gegebenen Umſtänden nur dann als vis adversus edictum auffaſſen, wenn es feſtſteht, daß er ad vim faciundam gekommen iſt. Der Nachweis dieſer Abſicht aber iſt für ihn nur dann ſicher, wenn er ſie Zeugen kundgegeben hat, die er zum ſtreitigen Grundſtücke mitbringt[51]).

5. Nachdem eine jede Partei etwas gethan hatte, was der Gegner als vis adversus edictum facta betrachten mußte, und dieſe beiderſeits verübten Handlungen vor dem Prätor ſoweit feſtgeſtellt worden waren, daß die jederſeitige Behauptung einer derartigen vis des Gegners begründet erſchien, ſo wurde nunmehr der zweite Act des

51) Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1836 Ziffer 45.

doppelseitigen Verfahrens, der cetera ex interdicto, eröffnet, die fructus licitatio.

Ueber diesen Act ist uns in der veroneser Handschrift wenigstens einiges überliefert.

Gai. IV, 166:

— fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipu*latione* *cave*rit, *cuius* vis *et* potestas haec est, ut si contra eum *de poss*essi*one* pronun*tiatum* *fuerit*, eam summam adversario solvat. haec autem licendi contentio fructus licitatio vocatur, scilicet quia ——. postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti si*bi* *vis* facta *sit*, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem etc.

Es wurde also einer jeden Partei die Möglichkeit gewährt, in einer zwischen ihnen beiden stattfindenden Versteigerung durch Mehrgebot sich gegen Sicherstellung dieses Gebotes den Besitz des streitigen Grundstückes bis zur Entscheidung des Besitzstreites zu verschaffen. Ohne Zweifel leitete diese Versteigerung der Prätor[52]; er ertheilte den Zuschlag an den Höchstbieter gegen Caution von dessen Seite und sorgte dafür, daß der Letztere, sofern er den Besitz nicht bereits hatte, denselben auch wirklich erhielt (is — in possessione constituitur)[53]. War

52) Vgl. l. 6, l. 22 §. 1, l. 29 D. fam. ercisc. 10, 2; l. 7 §. 13, l. 19 §§. 1 und 3 D. comm. div. 10, 3; l. 78 §. 4 D. de J. D. 23, 3; l. 1 und l. 3 §. 1 Cod. comm. div. 3, 37, welche von einem ähnlichen Verfahren vor dem arbiter in einer Theilungsklage dieselbe Ausdrucksweise (licitatione vincere, emere u. s. w.) zeigen, die von der fructus licitatio gebraucht wird (Gai. IV, 166a i. f., 167, 168, 169). Schmidt in den Heidelberger Jahrbüchern für Literatur Jahrg. 56 S. 691.

53) Vielleicht ist auch hierher zu ziehen l. 52 §. 2 D. de a. p. 41, 2. (Venuleius lib. 1. interd.: Species inducendi in

der bisherige Besitzer der minus licitans, so verlor er infolge davon nicht nur die Detention, sondern auch den juristischen Besitz: zwecks der fructus licitatio stellte jede Partei den Besitz, den zu haben sie behauptet hatte, der

---

possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere). Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 301 ff. N. 7b und Thl. 2 S. 155 N. 2c.

Neuerdings findet Pflüger a. a. O. S. 86 in dieser Stelle eine Vergleichung des Uti possidetis mit dem Unde vi, bei welcher Venuleius es nicht mit Unrecht als einen Vorzug des erstern bezeichne, „daß man nicht auf die condemnatio pecuniaria angewiesen ist, sondern daß man, allerdings unter Voraussetzung der nöthigen Kräfte, den Gegner eigenmächtig vertreiben kann, was denn in diesem Sinne gewiß multo plus est quam restituere. Der Dejicient muß also sofort weichen, und Widerstand wäre eine vis adversus edictum. Auf Grund derselben würde der iniustus possessor in die summa sponsionis verurtheilt werden, und im iudicium Cascellianum würde der Besitz an den Dejicienten zurückgelangen." So richtig uns die hierin ausgedrückte Anerkennung einer realen vis als der Grundlage des agere aus dem Uti possidetis erscheint, so entschieden müssen wir doch darauf hinweisen, daß die Verurtheilung in die summa sponsionis nur eintreten kann, wenn der iniustus possessor die cetera ex interdicto durchführt, seine Verurtheilung im Cascellianum aber sogar nur dann, wenn er außerdem bei der fructus licitatio das Höchstgebot behalten hat. Anders dagegen, wenn er die cetera ex interdicto nicht durchführt. Hat er den Gegner bei dessen Versuche, sich wieder in Besitz zu setzen, edictswidrig abgewehrt, oder ihn bei der fructus licitatio überboten, so kann dieser alsdann nur mittels des secundarium restitutorium den Besitz zurückerlangen. Hat umgekehrt dieser dem iniuste a se possidens den Besitz eigenmächtig abgenommen oder jenen bei der fructus licitatio überboten, so findet er alsdann Schutz gegen fernere Besitzstörung nur mittels des secundarium prohibitorium. Es ist

Verfügung des Prätors gemäß dem Höchstgebote anheim[54]). Gerade diese Wirkung der fructus licitatio, dem Höchstbieter als solchem den juristischen Besitz des Streitgegenstandes zu verschaffen, dürfte mit dem Ausdrucke: in possessione constituitur bezeichnet sein[55]).

Laut der mitgetheilten Stelle (Gai. IV, 166) ging die fructus licitatio dem Abschlusse der Sponsionen aus dem Uti possidetis voraus[56]). Während aber, worauf wir sogleich zurückkommen werden, jener Abschluß erst im rerum actus stattfand, mußte die fructus licitatio den beiderseitigen vom Gegner als edictswidrige vis bezeichneten Handlungen der Parteien thunlichst bald folgen, wenn sie eine vorläufige Ordnung schaffen sollte.

Der Höchstbieter war, wiederum bei Vermeidung eines interdictum secundarium, gehalten, dem Gegner auf dessen

---

wenig wahrscheinlich, daß gegenüber diesen sehr verschiedenartigen Ausgängen des Uti possidetis primarium das in demselben dem iniustus possessor ertheilte Verbot des vim facere als ein inducere des von ihm des Besitzes beraubten Gegners in possessionem bezeichnet worden sein sollte.

54) Nicht bloß, wie es Thl. 2 S. 156 zu N. 2[a] heißt, „für den Fall, daß der Gegner das Höchstgebot behält." Vielmehr behält auch die thatsächlich besitzende Partei im Falle ihres eignen Höchstgebotes den Besitz nur auf Grund des prätorischen Zuschlages, nicht aber, weil sie ihn bereits hat: behält sie ihn doch auch nur, wenn sie auf Verlangen des Gegners diesem die cautio fructuaria bestellt.

55) Ebenso heißt Gai. IV, 16 die Ertheilung der Vindicien aliquem possessorem constituere. Auch sonst geht in possessione constituere bei körperlichen Sachen auf Erlangung des juristischen Besitzes. l. 1 §. 1 Cod. quod legat. 8, 3; l. 1 §. 2 Cod. etiam ob chirogr. 8, 26. Vgl. auch l. 1 Cod. de Carb. ed. 6, 17; l. 9 pr. Cod. ad leg. Corn. de fals. 9, 22; — l. 15 Cod. de prob. 4, 19; l. 14 Cod. de lib. c. 7, 16.

56) Vgl. auch die Aneinanderreihung der cetera ex interdicto IV, 170 (s. unten Ziffer 11 nach N. 28).

Stipulation, die fructuaria stipulatio[57]), den Betrag des Höchſtgebotes unter der Bedingung zuzuſagen, daß demnächſt im Verfahren über die Sponſionen gegen ihn entſchieden werden ſollte; und zwar mußte die Zuſage mit satisdatio geſchehen[58]). Auch ohne ausdrückliches Zeugniß dafür dürfen wir annehmen, daß dieſe Stipulation ſammt der auf ſie bezüglichen Bürgſchaftsbeſtellung der fructus licitatio ſich unmittelbar anſchloß. Denn ohne Eingehung der vom minus licitans geforderten fructuaria stipulatio wurde dem plus licitans der interimiſtiſche Beſitz gar nicht überwieſen; und daß dieſe Ueberweiſung nur gegen Realſicherheit geſchah, wird als unzweifelhaft gelten. Es iſt demnach anzunehmen, daß jede Partei zum Licitationstermine diejenigen Perſonen mitbrachte, welche bereit waren, für ihr Höchſtgebot ſich zu verbürgen, wie umgekehrt natürlich der Betrag des abzugebenden Höchſtgebotes in jener Bereitwilligkeit ſeine Schranke fand[59]).

6. Wie die Sponſionen aus Interdicten überhaupt, ſo fanden auch die Doppelſponſionen aus dem Uti possidetis erſt unmittelbar vor dem Augenblicke ſtatt, in welchem die litis contestatio aus ihnen vorgenommen werden ſollte, alſo im rerum actus. Gerade für die Sponſionen aus dem Uti possidetis wird dies beſtätigt gemäß Lenels Reſtitution des Edicts in l. 1 pr. i. f. h. t.[60]). Hiernach nämlich wird eine sponsio aus unſerm Interdicte nur geſtattet „intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit“; und eben dies iſt die techniſche Bezeichnung für die Möglichkeit der Litis-

57) Gai. IV, 169 (ſ. unten nach N. 76 S. 409f.).

58) Gai. IV, 170 (ſ. unten Ziffer 11 nach N. 28).

59) Zu Vorſtehendem iſt zu vergleichen Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838c Ziffer 94 S. 154ff.

60) Ed. perp. § 379 unter 2. Vgl. unten nach N. 66.

conteſtation[61]). Daß aber die Verjährung für die Sponſion mit dem Augenblicke beginnt, in welchem zuerſt die Möglichkeit der litis contestatio (ſelbſtverſtändlich für die actio ex sponsione) geboten war, iſt nur dann verſtändlich, wenn eben dieſer Augenblick der erſte war, in welchem die Sponſion ſelbſt hätte eingegangen werden können, — m. a. W. wenn die Sponſion nicht nur die ſachliche Grundlage der actio abgab, ſondern wenn der Act ihrer Eingehung auch formell die nothwendige Einleitung zu der litis contestatio aus dieſer actio bildete[62]).

Demnach lag zwiſchen der prätoriſchen Zuweiſung des interimiſtiſchen Beſitzes an den Höchſtbieter einerſeits und dem Abſchluſſe der Sponſionen nebſt der Litisconteſtation daraus anderſeits ſtets ein mehr oder minder langer Zeitraum; und weiter beanſpruchte auch die Entſcheidung über die Sponſionen ſelbſt beim ſchleunigſten Verfahren immerhin einige Zeit. Gleichwohl bedurfte es für den Schutz des Höchſtbieters im interimiſtiſchen Beſitze gegenüber dem Proceßgegner eines neuen Interdictes nicht: jede Störung jenes Beſitzes ſeitens des minus licitans hätte ſich als offener Ungehorſam gegen die gemäß der fructus licitatio erfolgte prätoriſche Beſitzregulirung dargeſtellt und würde mit den Zwangsmitteln des imperium geahndet worden ſein, gerade ſo, wie wir dies hinſichtlich des Vindicienbeſitzes oben bemerkt haben[63]).

Ueber die Faſſung der Sponſionen und das iudicium darüber giebt uns wiederum die veroneſer Handſchrift des Gaius Auskunft, die allerdings zu Anfang Lücken aufweiſet.

61) Vgl. l. 28 §. 4 D. ex quib. c. mai. 4, 6; l. 5 D. de exc. rei iud. 44, 2. Ubbelohde, Ueber die Berechnung des tempus utile der honorariſchen Temporalklagen S. 40.

62) Vgl. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1838a Ziffer 90.

63) Ziffer 2 S. 366.

Gai. IV, 166 i. f.:

postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti si*bi* *vi* facta *sit*, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel — — una inter eos sponsio item*que* *re*stipulatio *una* — — ad eam fit. — — 166[a] — resti — — iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit (*quod*) praetor interdicto conplexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdict*um* redditur, nec vi nec clam nec precario possederi*t*. cum iudex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsion*is* et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit etc.

Wir erſehen aus der Stelle, daß es für die Faſſung der Sponſionen eine zweifache Möglichkeit gab. Zunächſt konnte jede Partei die Zuſage der andern gegen eigne Verpflichtung auf deren Reſtipulation begehren, ſodaß alſo jede ſowohl ſich ſpondiren ließ, als ihrerſeits repromittirte. Statt deſſen konnte aber auch, wie es nach den Bruchſtücken am Ende des §. 166 ſcheint, die doppelte Verpflichtung einer jeden Partei in einer einzigen Stipulation derart zuſammengefaßt werden, daß die eine Partei über beide Verpflichtungen zuſammen Eine Sponſion einging, die andere beide durch Eine repromissio auf Eine restipulatio des Gegners übernahm[64]). Die Zuſage ging

64) Huſchke, Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 13 S. 334 und Jurisprudentia anteiust. ed. 5 ad Gai. IV. 166, ergänzt: vel stipulationibus iunctis duabus una inter eos sponsio itemque restipulatio una alterius adversus eam fit, indem er das „ad“ vor „eam“ für einen Schreibfehler ſtatt „adversus“ hält. Studemund-Krüger vermuthen ſtatt der letzten Worte: — restipulatio una tantum ad eam fit. Den Schluß des §. 166 ergänzt

hier ohne Zweifel, wie bei den Einzelsponsionen und Einzelrestipulationen, auf eine certa summa: diese bestand aus dem Gesammtbetrage der beiden Summen, welche bei gesonderter Fassung in sponsio und restipulatio vorgekommen sein würden[65]).

Gai. IV, 166a. erweiset zugleich, daß die beiderseitigen Klagen aus den Sponsionen und Restipulationen dem nämlichen Geschwornengerichte überwiesen wurden. Das Gleiche muß natürlich auch für den Fall gelten, wo nur Eine Sponsion und Eine Restipulation stattgefunden hatte[66]).

Im übrigen bedarf die Stelle einer Erläuterung nicht.

L. 1 pr. i. f. h. t.:

— neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam —

giebt uns nach Lenels Reconstruction[67]) darüber Auskunft, wie die summa sponsionis bestimmt wurde. Danach nämlich hat diese Edictsclausel ursprünglich etwa so gelautet:

quanti uter iuraverit, non calumniae causa se postulare sponsionem fieri, neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam.

Die Berechtigung dieser Reconstruction beruht darauf, daß Ulpian schlechterdings nicht so geschrieben haben kann, wie Justinian es mittheilt. Wo der Prätor es nicht ausdrücklich ausspricht, daß eine Klage über

---

Huschke, Jurispr. l. c.: *quod et commodius ideoque magis in usu est.*

65) Vgl. hierzu Thl. 2 dieser Serie S. 108.

66) Vgl. Thl. 2 S. 125.

67) Ed. perp. S. 379.

den einfachen Betrag des quanti ea res est oder erit hinausgehen soll, da versteht sich die Beschränkung auf diesen Betrag von selbst; eine actio auf neque pluris, quam quanti ea res erit, wäre völlig unerhört. Was aber könnte füglich anderes an Stelle des agere permittam gestanden haben, als sponsionem facere permittam? Während der quellenmäßige Ausdruck „sponsionem facere permittere[68])“ sich ohne weiteres als edictsmäßig darstellt[69]), war im Edicte über das Uti possidetis eine Bestimmung über die Höhe der dabei vorkommenden Sponsionen wo nicht sachlich geboten, doch gewiß überaus zweckmäßig. Möglich bleibt es dabei freilich, daß der interpolirte Satz sich auf die sponsio aus einem der interdicta secundaria oder auf beide bezogen hätte; immerhin aber ist es nicht unwahrscheinlich, daß jede Partei den Betrag der ihrerseits begehrten Sponsion, und damit zugleich den Betrag, zu dem sie selbst sich auf die entsprechende Restipulation verpflichten wollte, mittels ihres Calumnieneides veranschlagte, also auf dieselbe Weise, wie nach dem Edicte der Kläger die Höhe des vadimonium[70]). Durfte jedoch das vadimonium regelmäßig den absoluten Betrag von 100,000 Sesterzen nicht überschreiten und wahrscheinlich auch nicht die Hälfte des Streitwerthes[71]), so sollte nach jener Reconstruction die Sponsion, unter selbstverständlichem Vorbehalte der prätorischen Ermäßigung, ihre Begrenzung erst im vollen Streitwerthe finden. Diese

68) Gai. IV, 171: ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur etc. Dagegen kommt agere permittam im Edicte überhaupt nicht vor, actionem permittam nur in l. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. Lenel a. a. O. N. 2.

69) Wie wäre Gaius sonst wohl auf ihn verfallen?

70) Gai. IV, 186.

71) Arg. l. 3 §. 4 D. de eo, per quem fact. 2, 10 cf. l. 115 pr. D. de V. O. 45, 1. Huschke, Gaius S. 135 f.

Festsetzung des Sponsionsbetrages scheint durchaus dem Verhältnisse angemessen, sofern man annehmen darf, daß sie vor Einführung der iudicia secutoria getroffen worden ist: so vermochten die Sponsionen den Schadensersatz für das edictswidrige Verhalten in Form und Maß von Strafe zu vermitteln.

Trifft Lenels Vorschlag, wie ich annehme, das Richtige, so konnte sehr wohl die sponsio der einen Partei und die ihr entsprechende restipulatio auf einen andern Betrag gehen, als die sponsio der Gegenpartei und die restipulatio auf die letztere[72]).

7. Mit den Klagen aus den Sponsionen wurden für den Fall, daß der Höchstbieter unterliegen sollte, regelmäßig zugleich zwei Nachklagen demselben Geschworenen überwiesen. Die eine derselben, ohne Zweifel nach dem Prätor, der sie zuerst aufgestellt hatte, iudicium Cascellianum genannt, bezweckte die Herausgabe des dem Höchstbieter für die Dauer des Besitzstreites zugewiesenen Besitzes. Zugleich aber erstreckte sie sich als actio arbitraria[73]) auch auf Erstattung der Früchte, welche der plus licitans inzwischen gezogen hatte[74]). Die zweite Nachklage trieb den Betrag des beklagtischen Höchstgebotes aus der fructuaria stipulatio ein. Mit Aufstellung des Cascellianum, einer ausschließlich auf Ersatz gerichteten Klage, erhielt die summa licitationis den von Gaius[75]) so nachdrücklich

72) Vgl. Thl. 2 S. 105 ff.

73) Gai. IV, 166a i. f.: nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur. 167: — possessionem restituere iubetur. Vgl. Thl. 2 S. 136.

74) Gai. IV, 167: — et hoc amplius fructus, quos interca percepit, reddit. Daß diese Verpflichtung nicht mittels der fructuaria stipulatio übernommen wurde, ist ausgeführt Thl. 2 S. 157 ff.

75) Gai. IV, 167: — fructus licitationis summam poenae nomine solvere — iubetur; — summa enim fructus licita-

betonten rein pönalen Zweck, während sie bis dahin wahrscheinlich alles das zusammengefaßt hatte, was nach der eignen Werthschätzung der Parteien der unterliegende Höchstbieter dem siegreichen Gegner zu leisten hatte, m. a. W. wesentlich eine Ersatzleistung bezweckte, die freilich, vermöge der eigenthümlichen Art ihrer Festsetzung regelmäßig über die vera rei aestimatio hinausgehend, unwillkürlich ein pönales Element einschloß. Infolge dieser veränderten Bedeutung der summa licitationis ist seitdem deren Betrag gewiß thatsächlich niedriger bemessen worden, als es vorher zu geschehen pflegte. Bis zur Aufstellung des Cascellianum mußte jede Partei innerhalb ihrer eignen Fähigkeit zur Sicherheitsleistung das Höchstgebot mindestens auf den Betrag zu treiben suchen, welcher ihr seitens des höher bietenden Gegners für den Fall ihres Sieges in den Sponsionsklagen genügende Entschädigung in Aussicht stellte. Seitdem das Cascellianum die Entschädigung ohne weiteres gewährte, wurde für das Steigerungsgebot der einzelnen Partei vielmehr die Rücksicht maßgebend, wie viel sie selbst an den Vortheil des interimistischen Besitzes wagen könne.

Auf alle Fälle war die fructuaria stipulatio eine stipulatio certa. Dementsprechend war die Nachklage aus ihr ursprünglich vielleicht noch die legis actio sacramento in personam; später war es die legis actio per condictionem ex lege Silia, endlich die condictio certi.

Ueber diese Nachklagen ist uns ein zusammenhangender Bericht bei Gai. IV, 166ª i. f. bis 168 erhalten. Er schließt sich unmittelbar an die oben S. 404 mitgetheilte Stelle an.

§. 166ª i. f.: et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit,

---

tionis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur etc.

nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur. §. 167: Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. §. 168: Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non probaverit ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.

Im Fortgange seines Berichtes belehrt uns Gaius dann noch, daß der minus licitans auch die fructuaria stipulatio unterlassen[76]) und dafür im Falle seines Sieges mit der Sponsionsklage eine besondere Nachklage anstellen konnte.

Gai. IV, 169:

Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio iudicio de p*ossess*ione reciperand*a* experitur, ita ***similiter*** de fructus licitatione agere: in quam rem proprium iudicium conparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solvi satis[77]) accip*it*. dicitur autem et

76) omissa fructuaria stipulatione. Ueber den Sinn von omittere stipulationem s. l. 1 §§. 9 und 17 D. ut legat. 36, 3. Vgl. auch l. 51 §. 3 D. de fideiuss. 46, 1: omisso pignore = ohne Benutzung des Pfandrechtes.

77) So hat Huschke, kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft 3. Jahrg. 1839 S. 26 N. *), gewiß richtig die Lesart der veroneser Handschrift p. 245 v. 19 sq.: q̊nom actoris. satis aufgelöset.

hoc iudicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam; sed non aeque Cascellianum vocatur.

Die Bedeutung dieser zweiten Möglichkeit erklärt sich vermuthlich aus dem Inhalte der Verurtheilung im Cascellianum.

Bereits, als noch das „quanti ea res est“ seiner condemnatio mit Servius Sulpicius[78]) vom vollen Sachwerthe des Streitgegenstandes (einschließlich desjenigen der Früchte aus der Zeit des interimistischen Besitzes)[79]) verstanden wurde, blieb es wohl nicht ganz ausgeschlossen, daß der siegreiche minus licitans durch das Cascellianum eine völlige Entschädigung für die Entbehrung des Besitzes in der Zwischenzeit nicht erhielt, z. B. wenn er unter einer Conventionalstrafe einem Dritten verpflichtet war, innerhalb dieser Zeit die Hauptsache zu leisten, und entweder jene Strafe den Werth der Hauptsache überstieg, oder letztere neben der Strafe geleistet werden mußte. Seitdem aber vollends die litis aestimatio im Cascellianum nur auf den Werth des Besitzes als solchen einschließlich der Früchte desselben ging, wird es häufiger vorgekommen sein, daß das Cascellianum den vollen Schaden des Klägers nicht deckte. Denn es handelte sich bei ihm durchaus nicht um das Gesammtinteresse des minus licitans daran, daß ihm zeitweilig der Besitz entzogen, sondern lediglich um das Interesse daran, daß ihm der mittels des Höchstgebotes vom plus licitans erworbene Besitz einschließlich der Früchte nicht zurückgegeben worden war[80]). Nicht ersetzt wurde demnach mittels des Cascellianum z. B. derjenige Nachtheil, welcher dem minus licitans durch die Unterbrechung einer von ihm be-

78) L. 3 §. 11 h. t. (s. unten im Texte S. 412).

79) S. oben S. 407 zu N. 73 f.

80) Gai. IV, 166 a i. f.: nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur.

gonnenen Ersitzung widerfuhr[81]). Nun hätte freilich der minus licitans derartige, von zufälligen Umständen bedingte, Benachtheiligungen durch Ueberbieten vermeiden können. Allein es ist begreiflich, daß eine Partei, welche nicht etwa ganz fest davon überzeugt ist, im Sponsionsverfahren die Oberhand zu behaupten, wenig geneigt sein wird, im Uebergebote dem Gegner für den Fall seines Sieges eine Mehrleistung über dessen Höchstgebot wegen eines derartigen Grundes zuzusagen, welcher ja für jenen gar nicht vorhanden ist, vollends, wenn sie dabei auf den guten Willen ihrer Freunde Rücksicht zu nehmen hat, die sich für ihr Versprechen verbürgen sollen.

Wo nun für dieses, mittels des Cascellianum nicht gedeckte, Stück das Interesse die, an sich freilich auf poena, nicht auf Ersatzleistung, abzweckende summa licitationis genügende Deckung in Aussicht stellte, da mochte der minus licitans sich beruhigen: er brauchte im Falle seines Sieges mindestens nicht zu besorgen, daß ein Nachtheil aus der erfolgten Besitzentziehung unausgeglichen bleibe[82]). Wo dagegen die summa licitationis hinter dem muthmaßlichen Betrage jenes, vom Cascellianum nicht berührten, Interesse zurückblieb, da schien es gewiß billig, dem minus licitans einen neuen Weg zur vollen Genug-

81) Bevor ein Rescript von Servius und Caracalla (§. 13 J. de usuc. 2, 6) der accessio possessionis auch bei der usucapio stattgab, fehlte es selbst für den Fall, wo der plus licitans den Besitz restituirte, an einem Mittel, die Unterbrechung der usucapio auszugleichen.

82) Es sei verwiesen auf den ähnlichen Erfolg der, an sich rein pönalen, actio furti der classischen Zeit für den Nichteigenthümer, cuius ex honesta causa interest, furtum factum non esse: sachlich erhält er damit eben doch den Ersatz seines Schadens.

thuung für jede Beschädigung durch das gegnerische Höchstgebot zu eröffnen. Dieser Weg wird unser fructuarium iudicium sein, das agere de fructus licitatione. d. h. wegen alles Nachtheils, den der Kläger infolge des Ausfalls der fructus licitatio erlitten hat.

Dazu passen nun aufs Beste die Worte, womit laut der Pandekten Justinians Ulpian die litis aestimatio beim Uti possidetis bezeichnet.

L. 3 §. 11 h. t.:

In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. „quanti res est" sic accipimus „quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere". Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

Freilich läßt sich diese Stelle auch von der arbitraria actio verstehen, welche der Impetrat bei dem secundarium restitutorium sich ohne Zweifel ebenso erbitten durfte, wie bei jedem andern restitutorischen Interdicte[82a]), und nicht minder von jeder Nachklage aus dem Uti possidetis. Indessen stimmt eine litis aestimatio auf quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere gut weder zu der actio arbitraria aus dem secundarium restitutorium, noch zu der Nachklage aus diesem, und noch weniger zum Cascellianum, das ja nur auf Zurückgabe des mittels des Höchstgebot erlangten Besitzes und seiner Früchte ging. Die Nachklage aus dem secundarium prohibitorium aber verfolgte nicht sowohl das Interesse an dem possessionem retinere, als an dem vim possidenti non fieri. So liegt es gewiß am nächsten l. 3 §. 11 cit. gerade auf das fructuarium zu beziehen[82b]).

82a) Gai. IV, 141.

82b) Vgl. Thl. 2 dieser Serie S. 146 und S. 172 ff. Vgl. Duncker, Besitzklage S. 56 f.

Ist unsre Ansicht richtig, so kam beim fructuarium iudicium die summa licitationis gar nicht in Frage, oder doch nur als Maßstab der gegnerischen Veranschlagung des Besitzinteresse: jene Klage war vielmehr eine reine Ersatzklage. Als solche aber nahm sie höchst wahrscheinlich zugleich den Inhalt des Cascellianum in sich auf; es würde kein Lob für die juristische Technik der Römer sein, wenn sie das Cascellianum neben dem fructuarium iudicium zugelassen hätten. Mithin hatte der minus licitans die Wahl zwischen der Klage aus der fructuaria stipulatio nebst dem Cascellianum einerseits, und dem fructuarium iudicium allein anderseits. Hierbei ist es sehr begreiflich, daß der minus licitans, der sich für das fructuarium entscheidet, die fructuaria stipulatio unterlassen muß: nicht nur würde diese ganz überflüssig sein, sondern er würde auch, falls sie vorgenommen wäre, eine Verurtheilung aus dem fructuarium nur gegen acceptilatio der gegnerischen Stipulationsschuld erzielen können. Demnach trat die Wahl zwischen beiden Wegen gleich nach der fructus licitatio ein. Dies mag freilich auf den ersten Blick ungeschickt erscheinen, denn schwerlich ist es zu bestreiten, daß der minus licitans ein völlig sicheres Urtheil über die Sachlage erst dann zu

Lenel, der ed. perp. S. 379 unter 3 l. 3 §. 11 cit. auf die condemnatio bezogen hatte, versteht sie jetzt paling. vol. II col. 822 no. 1542 n. 1 von der sponsio, die geleistet werden darf: quanti uter iuraverit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri, neque pluris, quam quanti ea res erit. Nun ist die Abschätzung des Interesse am Besitze überaus schwierig (vgl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 404 ff.). Demnach ist es kaum wahrscheinlich, daß bei der doch gewiß nur summarischen Verhandlung über die Höhe der Sponsionen das Ergebniß jener Abschätzung den Parteien als Höchstmaß ihrer Anschläge gesetzt oder vom Prätor zwecks Ermäßigung dieser Anschläge benutzt worden wäre.

gewinnen imſtande iſt, nachdem über die Sponſionen zu ſeinen Gunſten entſchieden worden. Allein ebenſo unbeſtreitbar dürfte es ſein, daß es alsdann nicht ſelten zu ſpät ſein würde, ſeinen Anſpruch zu verwirklichen: falls eine ausreichende Satisdation ausbliebe, würde ihm auch das nunmehr etwa noch begründete interdictum secundarium[83]) gerade zu demjenigen nicht ſicher verhelfen können, was er mittels des fructuarium iudicium ſucht, während er dagegen vollſtändig gedeckt wird, wenn er unmittelbar nach der fructus licitatio beim Ausbleiben genügender Sicherheitsleiſtung das interdictum secundarium erhält. Uebrigens liefert auch die Reihenfolge bei Gai. IV, 170: qui fructus licitationis satis non det, aut si sponsionem non faciat sponsionumve iudicia non accipiat — ein beweiſtüchtiges Zeugniß mindeſtens dafür, daß jene Satisdation vor Eingehung der Sponſionen erfolgte.

Wie für das fructuarium iudicium und für die fructuaria stipulatio mußte der Höchſtbieter ſicherlich auch für das Cascellianum iudicium Satisdation leiſten, und zwar ebenfalls ſofort nach der fructus licitatio. Ohne ſolche Satisdation würde der minus licitans durch Inſolvenz des Höchſtbieters gefährdet werden, falls dieſer den Beſitz veräußerte; ein geſetzliches Veräußerungsverbot für den Beſitzer der res litigiosa, welches die verbotswidrig veräußerte Sache auch in der Hand des dritten Erwerbers auf Grund des gegen den veräußernden Beſitzer ergangenen Urtheils der Zwangsvollſtreckung des Klägers unterwirft, iſt bekanntlich erſt von Juſtinian erlaſſen worden[84]), und es betrifft nur ſolche Sachen, welche Gegenſtand einer rei vindicatio ſind[85]). Anderſeits war es unver-

83) Gai. IV, 170: — qui fructus licitationis satis non det etc.
84) L. 5 (4) Cod. de litig. 8, 36.
85) Nov. 112 c. 1.

meidlich, die Entscheidung über die Sponsionen und somit auch das Cascellianum iudicium bis zum nächsten rerum actus hinauszuschieben; und es war nicht einmal sicher, daß die Sache schon in diesem zur Auslosung gelangte. Demnach war es geradezu unerläßlich, den minus licitans durch satisdatio des Gegners zu schützen. Daß uns davon keine unzweifelhafte Spur überliefert worden ist, beweist nichts dagegen, ist uns doch auch die satisdatio für die fructuaria stipulatio nur zufällig in der Studemund'schen Lesung von Gai. IV, 170 (Cod. Veron. p. 246 v. 5): „qui fructus licitationis satis non dat", jedenfalls als miteinbegriffen bekundet. So steht wohl kaum ein Bedenken der Annahme entgegen, daß mit eben diesem Ausdrucke auch die satisdatio für das Cascellianum gemeint sei. Jedenfalls werden wir, sofern wir auch für diese Klage cautio iudicatum solvi für unerläßlich halten, schwerlich ein anderes Mittel zu deren Erzwingung anzugeben vermögen, als eben das interdictum secundarium.

Ausdrücklich bezeugt ist dasselbe Zwangsmitttel zwecks Eingehung der Sponsionen und zwecks Einlassung auf die Sponsionsklagen[86]).

Die Möglichkeit der Doppelsponsionen zwecks Fortsetzung des doppelseitigen Verfahrens hängt, wie wir wissen, davon ab, daß die fructus licitatio stattgefunden, und der plus licitans das ihm infolge seines Höchstgebotes Obliegende gethan hat. Sofern also die nach Lenels Restitution des Edictes in l. 1 pr. i. f. h. t. vorgeschriebene Verjährung der Sponsion von jenen Doppelsponsionen zu verstehen ist, ergiebt sich ohne weiteres, daß sie erst laufen kann, nachdem die fructus licitatio und die daraus folgende Obliegenheit des Höchstbieters vollzogen

86) Gai. IV, 170: aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat etc.

ist. Was aber geschieht, wenn der jeder Partei infolge der fructus licitatio zuständige Anspruch auf die Doppelsponsion verjährt ist? Hier kann von einem interdictum secundarium schlechterdings nicht die Rede sein: kein Theil darf es dem Gegner zur Last legen, daß das Verfahren als doppelseitiges nicht fortläuft: nur dann aber, wenn er dies vermöchte, würde ihm selbst der Anspruch auf ein derartiges Interdict zustehen. Es muß demnach der kraft der fructus licitatio begründete Zustand als solcher maßgebend geblieben sein. Der Höchstbieter galt mithin als iuste ab adversario possidens; zum Schutze dieses seines Besitzes auch wider den alten Gegner konnte und mußte er nunmehr von neuem das Uti possidetis impetriren[87]).

8. Das Ergebniß der fructus licitatio, infolge dessen der Höchstbietende den Besitz des streitigen Grundstücks bis zur Entscheidung über die Doppelsponsionen erhält, ändert an der processualischen Gleichstellung der Parteien hinsichtlich jener Sponsionen, also in Beziehung auf den eigentlichen Inhalt des Streites, nicht das Geringste. Namentlich wird damit nicht etwa die Beweislast zugunsten des Meistbieters dem Gegner allein aufgebürdet; ungeachtet seines Meistgebotes verliert der Meistbieter sogut wie der Gegner den Rechtsstreit, si non probaverit, ad se pertinere possessionem[88]). Der Zweck der fructus licitatio liegt lediglich darin, für die Dauer des Rechtsstreites einen geregelten Zustand herbeizuführen, indem eine Partei kraft ihres Höchstgebotes die Bewahrung und Nutzbarmachung des streitigen Grundstücks für den künftigen Sieger übernimmt. Daß diese Partei im Falle ihrer Niederlage jenen Besitz sammt den davon gezogenen Früchten herausgeben und die summa licitationis zahlen muß,

87) Vgl. zu Vorstehendem Thl. 2 dieser Serie §. 1838c Ziffer 94.
88) Gai. IV, 167 sq. (oben S. 409).

berührt also die par condicio utriusque litigatoris im übrigen nicht[89]).

Die Thatsache aber, deren Beweis den Ausgang des Besitzstreites entscheidet, ist durch den Inhalt der Sponsionen bezeichnet.

Als solchen berichtet Gaius[90]): quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, dem entsprechend, was er vorher als Inhalt des prätorischen Verbotes angegeben hatte: ne sine vitio possidenti vis fiat[91]). Hiernach möchte es scheinen, als ob der Sieg aus der vom Gegner gemachten Sponsion durch den Nachweis bedingt sei, daß Kläger im Augenblicke des interdictum redditum thatsächlich besessen habe, und zwar iuste ab adversario, — m. a. W. als ob edictswidrige vis nur gegen denjenigen geübt werden könne, welcher bei Erlaß des Interdicts sine vitio ab adversario thatsächlich besitzt. Die Wirkung der s. g. exceptio vitiosae possessionis würde sich demnach darauf beschränken, daß der iniuste ab adversario possidens aus der ihm gemachten Sponsion die Verurtheilung des Gegners nicht durchsetzen kann, weil seinem fehlerhaften Besitze gegenüber diesem die vis nicht verboten ist; niemals aber würde der beim Erlasse des Interdicts nicht Besitzende imstande sein, aus der ihm gemachten Sponsion obzusiegen, auch dann nicht, wenn er der Impetrat ist: er hat ja im entscheidenden Augenblicke nicht besessen[92]). Es ist bei dieser Auffassung der Sponsionen schlechterdings unzulässig, mit v. Savigny[93]) dem nicht besitzenden Impetraten kraft der

89) Vgl. zu Vorstehendem Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836b Ziffer 53 S. 294.
90) IV, 166 (oben S. 404).
91) IV, 140.
92) So namentlich Schmidt, Interdiktenverfahren S. 115.
93) Das Recht des Besitzes §. 37 7. Aufl. S. 403 ff.

exceptio vitiosae possessionis den Sieg in der ihm gemachten Sponsion und infolge davon den Wiedergewinn des ihm vitio entzogenen Besitzes zu gewähren: kann eine exceptio als reines Vertheidigungsmittel an sich nicht zur Verurtheilung des Klägers führen, so geht es auch nicht etwa an, ihr diese Wirkung kraft der Duplicität des Uti possidetis beizulegen. Denn das Wesen der Duplicität läßt einerseits die hier vorausgesetzte sachliche Sonderung der Parteirollen überhaupt nicht zu, und ist anderseits keineswegs schon damit gegeben, daß unter Umständen auch derjenige verurtheilt werden kann, der zuerst als Kläger aufgetreten ist.

Nicht minder unzulänglich ist der Versuch von Savignys, seine Meinung legislatorisch zu rechtfertigen[94]. Richtig ist es freilich, daß infolge der bloßen Abweisung des iniuste vom Beklagten Besitzenden ohne gleichzeitige Entscheidung über den Besitz jedem Theile erlaubt sein würde, dem andern nach Belieben Gewalt anzuthun; und das hält v. Savigny mit gutem Grunde für ein durchaus unzulässiges Ergebniß des Richterspruchs. Er täuscht sich indessen, wenn er mit seiner Auffassung einem solchen Ergebnisse zu entgehen meint. Gemäß seiner eignen Ansicht nämlich müßte der Kläger von der Sponsionsforderung des Beklagten freigesprochen werden, wenn dieser in seinem dem Kläger vitiös abgenommenen Besitze gestört worden ist, — hier würde mithin dem Beklagten ein Besitz gelassen werden, dessen Störung für den Gegner keine nachtheiligen Folgen nach sich zieht, sodaß hier in der That der Richterspruch gewissermaßen zu eigenmächtigen Angriffen auf den Besitz auffordern würde[95].

Allein in Wahrheit beschränkt sich das Verbot des Uti possidetis keineswegs auf den Nichtbesitzer. Vielmehr:

94) A. a. O. S. 405.

95) So treffend Witte, das interdictum Uti possidetis S. 64.

indem es kraft der s. g. exceptio vitiosae possessionis diesem gestattet, zwecks Wiedererlangung des ihm entzogenen Besitzes wider den vitio von ihm Besitzenden eigenmächtig vorzugehen[96]), setzt es nicht nur Letztern solcher Eigenmacht schutzlos aus, sondern untersagt ihm auch den Widerstand gegen dieselbe; dieser gilt seinerseits als edictswidrige vis[97]).

Der Sinn des Interdicts ist also der folgende:

Ich verbiete Euch jede Eigenmacht, wodurch entweder der etwa zur Zeit zwischen Euch bestehende fehlerlose Besitzstand beeinträchtigt, oder die Herstellung des etwa früher zwischen Euch vorhandenen fehlerlosen Besitzstandes verhindert wird.

Bewirkte jedoch der Ausgang des Uti possidetis von jeher, daß der zwischen den nämlichen Parteien etwa nachfolgende Eigenthumsstreit Sonderung der Parteirollen erheischte[97a]), so muß es von vornherein diesen Sinn dargeboten haben; er kann ihm nicht erst hinterher durch die Auslegung abgewonnen sein[98]).

Jedenfalls haben die Römer es nicht für erforderlich gehalten, seiner zweiten Alternative halber eine Fiction in die Fassung des Interdictes zu bringen, etwa so:

Uti nunc eum fundum possidetis possideretisve, si neuter vestrum aut vi aut clam aut precario ab altero possideret etc.[99])

96) Abgesehen jedoch von vis armata, welche das interdictum de vi armata begründet hätte.

97) Dies hat Pflüger a. a. O. S. 85ff. gut ausgeführt.

97a) S. unten §. 1852 Ziffer 4.

98) Wie es Krüger, kritische Versuche S. 94, anzunehmen scheint, indem er als Beispiele für „die nöthige Ausdehnung einer Formel" den Satz „omnia iudicia esse absolutoria", die Auslegung der exceptio rei iudicatae zugunsten der Rechtskraft und das Hereinziehen des dolosen Aufgebens des Besitzes in den Bereich einzelner Interdicte aufführt.

99) Wie es nach Schmidt, das Interdiktenverfahren S. 114f.

Wenn Gaius IV, 167 sq. den Inhalt des dem Sponsionskläger obliegenden Beweises dahin angiebt: ad se pertinere possessionem, — so geht das nicht nur auf die bei Erlaß des Interdictes wirklich vorhandene iusta possessio, sondern auch auf den Besitz, in dessen Aneignung die thatsächlich nicht besitzende Partei keine edictswidrige vis wider den iniuste von ihr besitzenden Gegner verübt. Und noch bestimmter bekundet Gaius die Richtigkeit unsrer Auffassung, wenn er IV, 148 die maßgebende Frage so ausdrückt:

— quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat.

Sachlich läuft es übrigens auf ganz dasselbe hinaus, ob man sagt: in den Klagen aus den Doppelsponsionen siegt derjenige, der beim Erlaß des Interdictes fehlerfreien Besitz gehabt, sowie derjenige, von dem der Gegner in diesem Augenblicke vitio besessen hat; — oder: es siegt derjenige, der im angegebenen Augenblicke wirklich iustus possessor gewesen ist, sowie derjenige, der es gewesen sein würde, wenn nicht der Gegner ihm den Besitz vitio entzogen hätte; oder kürzer: der iustus possessor, — nämlich der wirkliche oder der fingirte. Gerade die letzte Ausdrucksweise aber liegt so nahe, daß wir in den angeführten Aussprüchen des Gaius über den Inhalt des Interdicts und der sponsio ex interdicto[100]) unter dem

nothwendig gewesen wäre, wenn das Interdict den von uns darin erblickten Sinn haben sollte. Der Hinweis auf das Quorum bonorum trifft hierfür in der That nicht zu. Bei diesem Rechtsbehelfe nämlich war allerdings hinsichtlich der pro herede bereits usucapirten Nachlaßstücke die Fiction: si nihil usucaptum esset — unerläßlich, wenn auch jene Stücke mit dem Interdicte zurückgefordert werden sollten: sie gehörten eben nicht mehr zu den bona, quorum possessio actori data erat. Vgl. Thl. 3 dieser Serie des Commentars S. 51 f

100) IV, 141: ne sine vitio possidenti vis fiat; 166: quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit.

sine vitio possidens unbedenklich auch den frühern Besitzer verstehen dürfen, von dem der Gegner vitio besitzt. Und das Nämliche gilt von demjenigen possidere, dessen Dasein nach Gaius[1]) der Sponsionsrichter ex interdicto festzustellen hat. Hiernach erscheint es als durchaus zulässig, wenn Keller[2]) geradezu sagt: „bei dem interdictum Uti possidetis (werde) der frühere fehlerfreie Besitz gegenüber dem jetzigen vitiosen Besitz als gegenwärtiger Besitz angenommen und geschützt[3])."

Hiergegen hat nun Schmidt[4]) eingewandt, diese Ansicht erscheine nur berechtigt vom Standpuncte der possessio plurium in solidum; jener Standpunct aber sei bekanntlich von den späteren römischen Juristen verworfen worden. Dies beruht jedoch auf einem Mißverständisse des alten Streites um die possessio plurium. Jener Streit betraf lediglich die Frage, ob und in welchem Falle etwa die usucapio des Einen fortlaufe, wenn ein Andrer iniuste von ihm besitzt; er hatte ganz und gar nichts zu thun mit der Möglichkeit, daß gleichzeitig mehreren in solidum ein interdictum retinendae possessionis wegen derselben Sache zustehe[5]). Bei der hier vertheidigten Ansicht aber handelt es sich obendrein ausschließlich darum, ob der frühere Besitzer mit dem Uti possidetis den Besitz von dem iniuste a se possidens zurückerstreiten könne, während dieser allen Dritten gegen-

1) IV, 166[a]: iudex — illud scilicet requirit, [quod] praetor interdicto conplexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit.

2) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 323 f.

3) Aehnlich Puchta, Cursus der Institutionen §. 225 nach N. i; Krüger, kritische Versuche S. 93; auch Thl. 1 S. 294 und Thl. 2. S. 178 dieser Serie des Commentars; vgl. Thl. 1 S. 182.

4) A. a. O. S. 113 ff.

5) Vgl. Thl. 2 dieser Serie §. 1838[c] Ziffer 96 S. 183 ff.

über mit eben jenem Rechtsbehelfe geschützt wird; — m. a. W. nicht darum, ob der gegenwärtige und der frühere Besitzer absolut, d. h. sowohl Dritten, als einander gegenüber, Besitzschutz genießen, sondern gerade umgekehrt darum, ob der erste zwar allen Dritten, der zweite aber gegenüber dem ersten, und nur diesem gegenüber, als Besitzer geschützt werde, jeder mithin nur relativ Besitzschutz habe[6]).

In der That geben uns noch die Pandekten ein ausdrückliches Zeugniß dafür, daß im Uti possidetis der frühere Besitzer gegenüber demjenigen obsiegt, der iniuste von ihm besitzt.

L. 3 pr. h. t.

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto etc.

Im gleichen Sinne ist eine Stelle zu verstehen, die in ihrem ursprünglichen Zusammenhange wahrscheinlich mehr oder minder unmittelbar zur Begründung der in l. 3 pr. cit. getroffenen Entscheidung gedient hat. Wir meinen l. 1 §. 9 h. t.:

Quod ait praetor in interdicto: „nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis“ hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere: has enim possessiones non debere proficere palam est.

Diesen Ausspruch auf die Klägerrolle des iniustus possessor aus der ihm gemachten Sponsion zu beschränken,

6) Vgl. Rudorff in Zusatz Nr. 136 zu v. Savignys Recht des Besitzes.

wäre ebenso bedeutungslos, als es willkürlich ist. Denn der Abweisung der Klage aus jener Sponsion entspricht ja regelmäßig die Verurtheilung aus der daneben stehenden Sponsion mit umgekehrten Parteirollen; und mit der Entscheidung über beide Sponsionen ist nothwendig zugleich entschieden über die Zulässigkeit und den Erfolg der Nachklagen: ist der in den Sponsionsklagen Unterlegene der Höchstbieter, so finden nunmehr die Nachklagen gegen ihn statt; ist er der minus licitans, so behält der Gegner den Besitz. Im Falle der l. 1 §. 9 cit. jedoch eine Ausnahme von dieser Regel anzunehmen, verbietet eben l. 3 pr. cit., nach welcher der Nichtbesitzer gegenüber dem iniuste von ihm Besitzenden superior interdicto ist[7]).

7) Witte, das interdictum Uti possidetis S. 71. — Vom Boden der l. 3 pr. cit. darf man auch aus l. 53 D. de a. p. 41, 2 (Venuleius lib. 5. interd.: Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet) argumento a contrario folgern, daß im Uti possidetis der Nichtbesitzer denjenigen besiege, der iniuste von ihm besitzt; — an sich würde diese Stelle nur die Schlußfolgerung begründen, daß der iniustus possessor denjenigen nicht besiege, von dem er iniuste besitzt. Vgl. Witte, a. a. O. S. 72. Ebenso verhält es sich mit l. 17 D. de prec. 43, 26 (Pompon. lib. 23. ad Sab.: Qui precario fundum possidet, is interdicto Uti possidetis adversus omnes, praeter eum, quem rogavit, uti potest) und §. 4a J. de interd. 4, 15 (— Uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nanctus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerit aut clam abripuerit alienam possessionem aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret). — Gänzlich beweisuntüchtig dagegen für das Uti possidetis scheint mir Gai. IV, 151, wo es vom iniustus possessor in Beziehung auf das Utrubi heißt: ei possessio sua nihil prodest. Freilich wird damit dem Gegner, von dem jener iniuste besitzt, der Sieg

9. Die Möglichkeit, daß infolge des Uti possidetis der Nichtbesitzer den verlornen Besitz wiedererlange, bezeichnet man als die recuperatorische Wirkung des Interdicts. Sie, und mit ihr die materielle Doppelseitigkeit des Uti possidetis, beruht auf der nähern Bestimmung des schutzwürdigen Besitzes durch die s. g. exceptio vitiosae possessionis. Letztere gilt deshalb als wesentliches Stück des Interdicts, das in demselben niemals fehlen darf.

L. 1 §. 5 h. t.:

Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: „quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides[8])."

Ohne diese Clausel wäre eine sachliche Doppelseitigkeit des Interdicts nur möglich bei Grundstücken, deren Besitz in einzelnen Ausübungsacten besteht. Denn nur an solchen Grundstücken können gleichzeitig mehrere den gegenwärtigen thatsächlichen Besitz behaupten. Eine bloße Verwirrung der Besitzgrenzen vermag niemals über den streitigen Grenzstreifen hinaus die Behauptung eines gegenwärtigen thatsächlichen Besitzes an den nichtstreitigen

---

zugesprochen, vorausgesetzt, daß dieser wenigstens einen Augenblick im letzten Jahre besessen hat. Aber da es beim Utrubi eben nur auf den Besitz während der maior pars des letzten Jahres ankommt, so läßt sich aus dieser Entscheidung nicht schließen, der bei Erlaß des Interdictes nicht Besitzende werde gegenüber dem iniuste a se possidens so geschützt, als ob er im bezeichneten Augenblicke besessen habe. A. M. scheint Witte a. a. O. S. 71.

8) Da Ulpian hier die exceptio vitiosae possessionis ohne sachlichen Grund in ihrer ältern Fassung anführt, so liegt die Vermuthung nah, daß er den ganzen Satz einem vorjulianischen Edictscommentare entlehnt habe. — In den Pandekten ist übrigens diese Stelle aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange gerathen; sie gehört wohl vor §. 7 oder vor §. 8.

Theilen der angrenzenden Grundstücke für beide Parteien zu begründen; der streitige Grenzstreifen aber erscheint dann als ein Grundstück für sich, dessen Besitz in einzelnen Verfügungen besteht.

Es ist nun die recuperatorische Function des Uti possidetis auf Grund der völlig zutreffenden Wahrnehmung angezweifelt, daß unser Interdict stets nur als retinendae, nirgends dagegen als recuperandae possessionis bezeichnet wird[9]).

Indessen erscheint vielleicht die Bezeichnung retinendae possessionis auch bei der recuperatorischen Wirkung des Interdictes durchaus gerechtfertigt. In jedem Falle nämlich gewährte unser Interdict nur derjenigen Partei Schutz, die nach Erlaß des Interdictes ihrerseits etwas vornahm, was der Gegner als vis adversus edictum bezeichnen konnte, sie selbst aber als Geltendmachung des ihr zukommenden Besitzes. In dieser Handlung liegt also für den künftigen Sieger ein Festhalten, retinere, des Besitzes auch dann, wenn derselbe bei Erlaß des Interdictes sich thatsächlich beim Gegner befunden hatte: durch das doppelseitige Verbot eigenmächtiger Aenderung des schutzwürdigen Besitzstandes wird nicht dem iniuste ab adversario possidens geboten, seine iniusta possessio herauszugeben; es wird vielmehr der Gegner ermächtigt, sie sich zu nehmen; als schutzwürdiger Besitzer gilt hier also der thatsächlich nicht besitzende Gegner, aber erst dann, wenn er selbst das ihm Obliegende thut, sich den Besitz zu sichern.

Will man diese Rechtfertigung des Ausdrucks retinendae possessionis nicht gelten lassen, so darf man gleichwohl dem ihm entnommenen Zweifelsgrunde gegen

9) Gai. IV, 148. Paul. V, 6, 1. l. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1. § 4 J. eod. 4, 15. Theophil. ad h. l. l. 1 §§. 1. 4. h. t.

die recuperatorische Wirkung des Uti possidetis kein Gewicht beimessen. Unleugbar dient das Utrubi vorzugsweis zur Wiedererlangung eines thatsächlich verlorenen Besitzes; gleichwohl wird es ausschließlich als retinendae possessionis aufgeführt, und zwar immer gemeinsam mit dem Uti possidetis[10]). Und auch bei anderen Interdicten sehen wir, daß ihre Einreihung in eine der drei Classen: retinendae, recuperandae, adipiscendae possessionis nicht ganz genau ist, wie z. B. das schlechtweg der zweiten Classe zugezählte Unde vi für den Erben des Dejicirten fraglos zur ersten Erlangung des Besitzes dient[11]).

Uebrigens ist die Bezeichnung retinendae possessionis für das Uti possidetis in Wahrheit eine denominatio a potiori: der frühere Besitzer hat gegen den iniuste a se possidens sich des Uti possidetis gewiß nur selten bedient.

Gleichwohl verdient es immerhin einer beiläufigen Untersuchung, ob er nicht doch manchmal guten Grund hatte, es einem andern Rechtsbehelfe vorzuziehen, ja, ob er nicht sogar mitunter auf das Uti possidetis ausschließlich angewiesen war.

Dem Dejicirten bot das Unde vi vor dem Uti possidetis unleugbar gewisse Vortheile. Zunächst war jenes auch dann anwendbar, wenn der Dejicient den Besitz des streitigen Grundstücks gar nicht erlangt oder wieder verloren hatte; das Uti possidetis war nur dann möglich, wenn, und nur solange, als der Gegner besaß. Sodann verfolgte das Unde vi grundsätzlich vollen Schadensersatz: das Uti possidetis dagegen gewährte dem Sieger zwar in jedem Falle die summa sponsionis aus der einen und die summa restipulationis aus der andern Doppelsponsion,

10) Gai. IV, 148; Paul. V, 6, 1; §. 4 J. de interd. 4, 15: Theophil. ad h. l.

11) Schmidt, Interdictenverfahren S. 151; oben §. 184[a] S. 136 zu N. 54[b].

dazu kam, wenn der Gegner bei der fructus licitatio Höchstbieter gewesen war, die summa licitationis, und endlich je nach den Umständen entweder der Besitz selbst vom Augenblicke der fructus licitatio an oder dessen Herausgabe nebst Ersatz für die Früchte der Zwischenzeit von eben jenem Augenblicke an; allein es war mit allem dem keineswegs die Deckung des vollen Interesse an der erlittenen Dejection gesichert[12]). Endlich setzte das Unde vi im schlimmsten Falle, nämlich wenn der Impetrat keinen arbiter erbat, den unterliegenden Kläger nur der Proceßbuße einer einfachen restipulatio aus, während der unterliegende Theil im Uti possidetis unvermeidlich stets mindestens neben einer summa restipulationis auch eine summa sponsionis verwirkte.

Trotzdem bleibt die Möglichkeit durchaus nicht ausgeschlossen, daß der Dejicirte, der außer der Entsetzung aus dem Grundstücke Schaden von Belang nicht erlitten hatte, in den hohen Proceßbußen des Uti possidetis vom besitzenden Gegner erheblich mehr als bloßen Schadensersatz zu erreichen hoffen durfte, während er selbst durch die executio perplexissima des Uti possidetis sich nicht gefährdet fühlte.

Und noch häufiger mochte sich dies gegenüber dem interdictum de precario ereignen, welches seinerseits Ersatz für die vorenthaltene Nutzung des Streitgegenstandes und für levis culpa erst von Erlaß des Interdictes verschaffte.

Wesentlich anders verhält es sich mit der Anwendung des Uti possidetis gegen den clam occupans. Solange jede clandestina occupatio den Occupanten zum juristischen Besitzer des occupirten Grundstücks machte, war das Uti possidetis gegen ihn in jedem Falle statthaft, bis er den Besitz wieder verloren

12) Vgl. Pflüger a. a O. S. 90.

hatte. Seitdem aber der Satz zur allgemeinen Geltung gelangt war, daß der solo animo geübte Besitz eines Grundstücks[13]) durch heimliche Occupation als solche noch nicht verloren sei, da war das Uti possidetis gegen den clam occupans als solchen hier überhaupt unanwendbar geworden. Gelang es nämlich dem bisherigen Besitzer, sich durch Selbsthülfe im Besitze zu behaupten, so blieb jeder recuperatorische Rechtsbehelf für ihn gegenstandslos; mißlang umgekehrt sein Versuch der Selbsthülfe, so war er nunmehr dejicirt, aus dem clam occupans aber ein violentus possessor geworden. Unterließ endlich jener den Versuch der Selbsthülfe, so hatte er damit seinen Besitz animo aufgegeben, und der heimliche Occupant nunmehr durch sein Verbleiben auf dem Grundstücke dessen frei gewordnen Besitz erworben, war aber eben deshalb nicht clandestinus possessor: ein possessorisches Rechtsmittel gegen ihn war folglich völlig ausgeschlossen[14]). Soweit dagegen auch jetzt noch die clandestina occupatio dem Occupanten ohne weiteres zum Besitzer des occu-

---

13) Die vacua possessio absentium der l. 11 Cod. unde vi 8, 4.

14) So richtig Kindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechts S. 95 und S. 280.

Da l. 7 Cod. unde vi 8, 4 auch dem frühern Besitzer die Selbsthülfe auf das Strengste verbot, so war die Darstellung, welche die illyrische Anwaltschaft laut l. 11 eod. von dessen Schutzlosigkeit gegeben hatte, durchaus zutreffend, kein Zerrbild, wie Klein a. a. O. S. 169 meint. Mit Recht sah sich Justinian durch sie veranlaßt, ihm durch Gewährung des Unde vi zu helfen. S. unten §. 1854 Ziffer 10.

Eben deshalb aber dürfen wir das retinet ergo possessionem der l. 6 §. 1 D. de a. p. 41, 2, wenn wir es nicht dem Labeo, sondern dem Ulpian zuschreiben, nicht auf den Erfolg des Uti possidetis beziehen. S. oben §. 1848 Ziff. 7 N. 49 S. 56.

pirten Grundstücks macht[15]), ist gegen ihn das Uti possidetis des frühern Besitzers nicht nur statthaft geblieben, sondern, da es kein interdictum clandestinae possessionis giebt, sogar das einzige possessorische Rechtsmittel.

Hiernach kann es uns an der recuperatorischen Function des Uti possidetis nicht irre machen, wenn Ulpian in l. 17 pr. D. de a. p. 41, 2 sie nicht erwähnt, wo es ihm anscheinend doch sehr nahe gelegen hätte, sie zu erwähnen, falls sie wirklich bestand.

Ulp. lib. 76. ad ed.:

Si quis vi de possessione deiectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.

Sollte jener Schein nicht täuschen, so mögen wir uns immerhin damit beruhigen, daß es dem Juristen in der That nur darauf ankam, den regelmäßig gebrauchten Behelf zur Wiedererlangung des vi entzogenen Besitzes zu nennen, während, wie wir ja auch annehmen, das Uti possidetis nur unter ganz besonderen Umständen hierzu benutzt wurde[16]).

---

15) Nämlich an Grundstücken, deren Besitz durch einen Detentor geübt wird, und an solchen, die precario gewährt sind, wenn der Erbe des Precaristen deren Besitz mala fide für sich erwirbt. S. oben §. 1848 Ziffer 8 zu N. 58c f. S. 67.

16) So auch Pflüger a. a. O. S. 91. — Uebrigens ist der ursprüngliche Zusammenhang der l. 17 cit. überaus unsicher. v. Savigny, Recht des Besitzes §. 11 7. Aufl. S. 180 N. 1, will ihn entweder auf die hereditatis petitio beziehen, die auch gegen den aus einem Erbschaftsgrundstücke Dejicirten als iuris possessor geht (l. 16 §. 4 D. de H. P. 5, 3); oder auf eine Cautionsleistung (l. 11 und l. 12 D. qui satisd. 2, 8), von der er als Besitzer frei wäre. Gegen die letztere Beziehung, welche auch Witte, interdictum Uti possidetis S. 82f., annimmt, macht Rudorff, Zusatz 43 zu v. Savignys Besitz S. 624 mit Recht geltend, daß die Cautions-

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß selbstverständlich auch im Uti possidetis die exceptio vitiosae

---

freiheit nicht dem juristischen Besitzer zukomme, sondern dem Ansässigen (ich verstehe: dem Eigenthümer oder eigenthumsähnlich Berechtigten l. 15 D. qui satisd. 2, 8). Nach Rudorff selbst gehörte l. 17 pr. zur Cautionspflicht des bedingt eingesetzten Erbschaftsbesitzers gegen den Substituten. Soll das heißen, jener institutus müsse auch den Werth eines Nachlaßgrundstückes sicher stellen, dessen Besitz er mit dem Unde vi zurückerlangen könne, — so ist nicht zu verstehen, wie so diese Pflicht darauf beruhe, daß er schon jetzt als Besitzer des Grundstückes gelte: die gleiche Pflicht trifft ihn ja wegen jeder Erbschaftsforderung. Außerdem bietet die Inscription der l. 17 cit. weder für die Ansicht Rudorffs, noch für eine der beiden v. Savignys einen Anhalt. Lenel, ed. perp. §. 279 S. 407 N. 1 und paling. vol. II col. 865 no. 1692 n. 1 und 2, bezieht die Stelle wegen der Inscription auf das den non possidens treffende Verbot, eine res litigiosa zu veräußern (Gai. IV, 117a). Danach würde also jenes Verbot für den Dejicirten wegfallen. Allein, ging der Zweck des Verbotes dahin, den mit der rei vindicatio Belangten dagegen zu schützen, daß er nach Abweisung dieser Klage einer neuen Vindication seitens dessen ausgesetzt sei, der während der ersten das streitige Grundstück vom nicht besitzenden Vindicanten erworben hatte, — so konnte es m. E. seinen Zweck nur dann erfüllen, wenn es auch den Dejicirten traf. Trotzdem läßt sich vielleicht die Beziehung der l. 17 pr. auf jenes Verbot an den non possidens aufrechterhalten, wenn wir annehmen, Ulpian habe bei Untersuchung des Begriffs „possidens, possessor“ bemerkt, daß dieser in anderen Beziehungen verschieden aufgefaßt werde, z. B. gegenüber der hereditatis petitio auch den aus einem Nachlaßgrundstücke Dejicirten umfasse. — Nicht minder möchte ich in l. 17 cit. §. 1 (Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. si quis igitur ea mente possessionem tradidit,

possessionis dem Eigenthümer soweit nicht entgegensteht, als sie es im Unde vi nicht thut[16a]). Insoweit kann also die Eigenthumsfrage in die Verhandlung über das Uti possidetis hineingezogen werden.

10. Der Verlauf des doppelseitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis[16b]) in dem Falle, wenn eine Partei den ihr nach dem Gesagten obliegenden Beweis erbrachte, die andre dagegen nicht, bietet keinerlei Zweifel. Zunächst ergiebt sich die Entscheidung in den Processen über die beiderseitigen Sponsionen und die dazu gehörigen

ut postea ei restituatur, desinit possidere) die Beziehung zum erwähnten Veräußerungsverbote anderswo suchen, als Lenel. Ob derjenige, der seinen Besitz unter der Vereinbarung späterer Rückgabe fahren läßt, noch Besitzer sei oder nicht, kann m. E. bei jener Beziehung gar nicht in Frage kommen: es ist ja klar, daß mindestens die Detention schon bei Anstellung der rei vindicatio nicht dem Vindicanten zugestanden hat, sondern dem Beklagten. Ob aber dem Erstern noch ein possessorisches Interdict zugebote steht, die Detention wiederzuerlangen, ist, wie wir gesehen haben, für das Veräußerungsverbot ohne Bedeutung. Wohl dagegen kann es namentlich wegen der auf eine verbotene Veräußerung gesetzten hohen Strafe (fragm. de iure fisci §. 8. poenam quinquaginta sestertiorum) wichtig sein, ob im Einzelfalle überhaupt eine Veräußerung, d. h. eine als solche wirksame Uebertragung des Eigenthums, vorliege. Und bei dieser Untersuchung ist es entscheidend, daß nach classischem Rechte sich das Eigenthum unter Vorbehalt der Rückgabe überhaupt nicht übertragen läßt, weder durch Tradition, weil der Vorbehalt die erforderliche iusta causa ausschließt (Vat. fragm. §. 283), noch (was für das Veräußerungsverbot allein in Betracht kommt) durch in iure cessio oder mancipatio, weil diese Acte durch einen derartigen Vorbehalt nichtig werden und nur ein außerhalb ihrer stehendes pactum fiduciae von rein obligatorischer Wirkung bulden.

16a) S. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 97 f. und S. 104 ff.

16b) Vgl. zum Folgenden Thl. 2 dieser Serie §. 1838c. Ziffer 96.

Reſtipulationen: die ihren Beweis erbringende Partei gewinnt ihre Klagen aus der Sponſion des Gegners und aus ihrer eignen Reſtipulation, und wird umgekehrt von den entſprechenden Klagen des Gegners freigeſprochen. Iſt nun der Sieger der plus licitans, ſo iſt der ganze Rechtsſtreit damit beendet. Andernfalls ſchließt ſich den Urtheilen in den Sponſionsproceſſen noch die Entſcheidung über die Nachklagen des ſiegreichen minus licitans an.

Sehr zweifelhaft und beſtritten dagegen iſt es, ob der Ausgang der beiderſeitigen Beweisführung auch wohl ein andrer habe ſein können, als Erbringung des Beweiſes ſeitens der einen Partei, Nichterbringung desſelben ſeitens der andern.

Es ſcheint in dieſer Beziehung eine zweifache Abweichung denkbar.

1) Bei Erlaß des Interdicts hat keine beider Parteien juriſtiſchen Beſitz gehabt, weder iuste noch iniuste, ſei es vom Gegner, ſei es von einem Dritten.

Häufig freilich wird dieſer Fall kaum geweſen ſein. Zwiſchen Leuten, von denen keiner auch nur den natürlichen Beſitz hat, wird es überhaupt nicht leicht zum Streite um den Beſitz kommen. Wäre dies jedoch einmal geſchehen, und dann obendrein, was allerdings wenig wahrſcheinlich iſt, nach Erlaß des Interdictes beiderſeits eine Handlung vorgenommen worden, welche als vis adversus edictum facta gelten konnte, ſo würde die Zweckwidrigkeit des Verfahrens doch infolge der fructus licitatio meiſt herausgetreten ſein. Jedenfalls da, wo ein Dritter den Streitgegenſtand ſo beſaß, daß ſein Beſitz in einem dauernden Verhältniſſe beſtand: an dieſem Verhältniſſe hätte die Beſitzergreifung des plus licitans ſcheitern müſſen. Die Ermächtigung des die fructus licitatio leitenden Prätors zu jener Beſitzergreifung war ſelbſtverſtändlich nur unter der Vorausſetzung ertheilt worden, daß eine der beiden Parteien des Beſitzſtreites in der

That Besitzer des Streitobjectes sei; sobald der Mangel dieser Voraussetzung erhellte, hatte die Ermächtigung ihre Kraft verloren. Folgeweis konnte nunmehr das Verfahren nicht weiter laufen. Aber auch da, wo ein Dritter den Besitz nur in einzelnen Verfügungshandlungen übte, hätte die Besitzergreifung seitens des plus licitans regelmäßig zu einem Zusammenstoße desselben mit dem bisherigen Besitzer geführt und dessen Einschreiten veranlaßt; auch hier also würde das begonnene Verfahren liegen geblieben sein.

Indessen bleibt es denkbar, daß das Verfahren aus dem Uti possidetis dann, wenn eine Partei sich wenigstens in der Detention des Streitgegenstandes befand, der dritte juristische Besitzer aber nicht dazwischen kam, bis zur Entscheidung über die beiderseitigen Sponsionen und Restipulationen fortgesetzt worden sei. Immerhin jedoch fehlt es an einem Zeugnisse für diesen Fall; und der weitere Verlauf des Verfahrens läßt sich nur vermuthen.

Vermochte keine Partei zu erweisen, daß sie bei Erlaß des Interdicts der andern gegenüber fehlerfrei besessen habe, so war damit zugleich der Beweis der eigentlichen Voraussetzung für die gegnerische Sponsion verfehlt: si adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit. Jede Partei mußte also mit ihrer Sponsionsklage abgewiesen werden, gewann dagegen die Klage aus ihrer von der entgegengesetzten Voraussetzung: si adversus edictum praetoris possidenti adversario vis facta non sit abhängigen Restipulation. Sofern im Einzelfalle die beiden Sponsionen und ihnen entsprechend die beiden Restipulationen auf verschiedene Beträge gingen, würde alsdann die eine Partei der andern den Ueberschuß der Restipulation der letztern über ihre eigne herauszuzahlen gehabt haben; andernfalls hätten die Beträge beider Condemnationen sich compensirt.

Was die Nachklagen anbetrifft, so dürfte zunächst für das Verfallen der fructuaria stipulatio der Inhalt ihrer Bedingung maßgebend gewesen sein. Diesen aber kennen wir nicht; denkbar wäre für ihn eine dreifache Möglichkeit: 1) der Sieg des Stipulators in seiner Klage aus der gegnerischen Sponsion, 2) die Abweisung der gegnerischen Klage aus der Sponsion des Stipulators, 3) der Sieg des Stipulators in den Processen über beide Sponsionen. Im gewöhnlichen Falle, in welchem dem Nichterbringen des erforderlichen Beweises vonseiten des plus licitans das Erbringen des erforderlichen Beweises seitens des minus licitans gegenüber steht, gelangen diese Unterschiede nicht zur Geltung; und wahrscheinlich hat Gaius nur diesen gewöhnlichen Fall vor Augen, wenn er (IV, 167) sagt: Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur. Wenigstens scheint die Schlußfolgerung aus dem „si non probat ad se pertinere possessionem“ auf die zweite Fassung keineswegs geboten: zu dem Cascellianum, für welches sie hiernach entsprechend gelten müßte, würde die Analogie der Nachklage aus einem interdictum simplex vielmehr die positive Fassung erheischen: si sponsione vicerit (sc. actor). Unter solchen Umständen möchte die dritte Fassung am meisten für sich haben, wie obendrein die Worte: si secundum me iudicatum erit bei Gai. IV, 166a zu ihr am besten stimmen. Nehmen wir sie an, so kann beim vorausgesetzten Thatbestande die fructuaria stipulatio nicht als verfallen gelten, insofern als dann die Bedingung nur zu einer Hälfte erfüllt, zur andern aber vereitelt worden ist. Ganz abgesehen aber von der Regel: in dubio pro debitore, ist in der That schlechterdings kein sachlicher Grund erfindlich, weshalb hier der minus licitans die summa sponsionis beanspruchen

ſollte: hat doch auch er nicht dargethan, was in Wahrheit ihm den Vorzug verleihen könnte.

Und dasſelbe würde ſich für das Cascellianum, ſowie für das fructuarium iudicium ergeben. Den Beſitz des Streitgegenſtandes würde der minus licitans mithin nur mittels des rei vindicatio erlangen können. Freilich ſagt Gai. IV, 166 vom plus licitans: „tantisper in possessione constituitur", d. h. für die Dauer des Interdictenproceſſes. Aber das iſt eben nur in dem Sinne zu verſtehen, daß der unterliegende plus licitans mittels des Cascellianum oder des fructuarium iudicium angehalten wird, den Beſitz herauszugeben[17]). Von einer mit der Niederlage des plus licitans in den Sponſionsproceſſen ohne weiteres eintretenden Beendigung ſeines thatſächlichen Beſitzverhältniſſes kann nach dem Weſen dieſes Verhältniſſes nicht die Rede ſein. In unſerm Falle aber fehlt dem minus licitans jede auf den Beſitzanſpruch geſtützte Klage, den Gegner zur Herausgabe des Beſitzes zu nöthigen. Der plus licitans bleibt alſo auf Grund ſeines Höchſtgebotes Beſitzer und wird als ſolcher nunmehr auch gegen den minus licitans geſchützt.

2) Daß umgekehrt eine jede Partei für den Augenblick des interdictum redditum der andern Partei gegenüber fehlerfreien Beſitz darlege, iſt ſelbſtverſtändlich da unmöglich, wo dieſer Beſitz auf der einen oder auf der andern Seite in einem dauernden Verhältniſſe der Perſon zur Sache beſteht: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris; — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo

17) Sicherlich behielt der plus licitans den Beſitz, wenn es zur Entſcheidung auf Grund des doppelſeitigen Verfahrens nicht kommen konnte, weil der minus licitans die weiteren cetera ex interdicto nicht vornahm.

ego sedeo, tu sedere videaris[18]). Nicht so da, wo der Besitz sich lediglich in einzelnen Verfügungen über die Sache äußert, also an einem unbewohnten Grundstücke. Hier ist es keineswegs ausgeschlossen, daß eine jede Partei Verfügungsacte nachweise, welche, der andern gegenüber fehlerfrei vorgenommen, sie selbst für den Augenblick des interdictum redditum als Besitzer erscheinen lassen. Auf einen derartigen Fall ist daher das ausdrückliche Zeugniß zu beschränken, welches wir für die Möglichkeit einer gleichzeitigen possessio ab adversario iusta beider Parteien besitzen. Es findet sich am Schlusse der in ihrem vordern Theile bereits oben[19]) besprochenen l. 3 pr. h. t., die wir des Zusammenhangs wegen hier vollständig mittheilen.

Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.

Ulpian sagt hier zunächst, wie wir gesehen haben, daß der frühere Besitzer gegenüber demjenigen, der vitio von ihm besitzt, im Uti possidetis siege. Daran schließt er die uns hier angehende weitere Bemerkung, daß das Uti possidetis erfolglos bleibe zwischen zwei einander gegenüber fehlerfrei Besitzenden. Der Thatbestand, den Ulpian bei dieser Bemerkung voraussetzt, kann, wie erwähnt, nur in solchen Besitzverhältnissen liegen, die in einzelnen Verfügungsacten bestehen; der Gegenstand des Besitzes muß ein unbewohntes Grundstück sein[20]). Wer an einem derartigen Grundstücke vi, clam oder precario

18) L. 3 §. 5 D. de a. p. 41, 2. (Paul. lib. 54. ad ed.)
19) S. 422.
20) Das scheint auch Pflüger a. a. O. S. 95ff. anzunehmen.

Verfügungsacte vornimmt (A), erlangt dadurch zwar Dritten gegenüber den Anspruch auf Schutz im Besitze, dem bisherigen Besitzer (C) aber muß er im Besitzstreite unterliegen. Wie aber steht er gegenüber demjenigen (B), welcher vom bisherigen Besitzer (C) zu Besitzhandlungen ermächtigt worden ist, m. a. W. ex traditione, also iuste, Besitz ergriffen hat, nachdem der Andre (A) vi, clam oder precario bereits Besitzer geworden war? Letztern (A) auch jenem (B) unterliegen zu lassen, ist gewiß nicht gerechtfertigt: jenem (B) gegenüber besitzt dieser (A) sine vitio. Aber umgekehrt liegt auch kein Grund vor, weshalb jener (B) diesem (A) unterliegen müßte: besitzt jener doch auch diesem gegenüber unzweifelhaft sine vitio, jedenfalls dann, wenn er von dessen Besitzerwerbe im Augenblicke seiner eignen Besitzergreifung nichts wußte. Hier also wird keine Partei von der andern besiegt werden, sofern sie aus ihrem eignen Besitze Schutz beansprucht[21]): neuter nostrum vincetur.

Nicht dasselbe dürfte für den Fall anzunehmen sein, wenn auch die zweite Partei (B) gegenüber dem frühern Besitzer (C) vitiöse Besitzhandlungen vorgenommen hat, nachdem dergleichen schon seitens der ersten Partei (A) geschehen war. Denn wenngleich die letztere (A) im Uti possidetis dem bisherigen Besitzer (C) unterlegen sein würde, so besitzt sie doch nicht nur der andern Partei

21) Eine andere Frage ist es, ob nicht diejenige Partei (B), welche vom bisherigen Besitzer (C) zu ihren Besitzhandlungen ermächtigt worden war, kraft des von diesem ihr cedirten Interdicts im Besitzstreite siegen müsse. Diese Frage dürfte zu bejahen sein. Denn obwohl C seinen Besitz dem B hatte überlassen wollen, so behält er ihn doch, weil B ihn nicht wirksam erworben hat; C wollte den Besitz eben nur unter der Bedingung aufgeben, wenn B ihn erwerbe. L. 34 pr. i. f. D. de a. p. 41, 2. Also behält C auch die Besitzschutzmittel. L. 18 pr. D. de vi 43, 16.

(B) gegenüber sine vitio, sondern auch umgekehrt ihr (A) gegenüber diese (B) iniuste.

Deshalb mußte Ulpian die Erörterung der von ihm anerkannten relativen possessio plurium in solidum quoad interdicta auf den Fall der Concurrenz von iusta und iniusta possessio beschränken[22]); und damit erklärt sich jenes restringirende „si (=insofern) quis proponeret possessionem iustam et iniustam[23]).

Den Verlauf des doppelseitigen Verfahrens haben wir uns für den angegebenen Fall im einzelnen so vorzustellen.

Jede Partei weiset Verfügungsacte nach, welche, der andern gegenüber fehlerfrei, sie selbst als Besitzer im Augenblicke des interdictum redditum erscheinen lassen. Jede Partei muß demnach gerade umgekehrt wie in dem unter 1) besprochenen Falle, wo keine Partei diesen Beweis erbringt, die Klage aus der Sponsion des Gegners gewinnen, dagegen die Klage aus ihrer eignen Restipulation verlieren. Hinsichtlich der Nachklagen werden wir einfach das zu jenem ersten Falle Bemerkte wiederholen dürfen: die fructus stipulatio verfällt nicht; der minus licitans kann weder im Cascellianum, noch im fructuarium iudicium siegen; der plus licitans behält also den Besitz[24]).

---

22) Dies ist wohl auch Julians Ansicht in l. 19 pr. D. de prec. 43, 26 (s. oben S. 216).

23) S. auch Pflüger a. a. O. S. 93 f.

24) Völlig verfehlt scheint es mir schon deshalb, wenn Pflüger a. a. O. S. 98 für diesen Fall, sofern kein Theil zum Petitorium greife, eine gütliche Uebereinkunft zwischen beiden aber nicht stattfinde, ein iudicium communi dividundo utile gewähren will. Die von ihm dafür angezogenen l. 7 §§. 3 und 5 D. comm. div. 10, 3 und l. 13 §. 3 D. de usufr. 7, 1 beweisen neben vielen anderen Stellen allerdings die unbestreitbare Thatsache, daß nicht nur Miteigenthum die

11[25]). Die Durchführung des doppelseitigen Verfahrens aus dem Uti possidetis ist nur dann möglich, wenn zunächst eine jede Partei nach Erlaß des Interdicts etwas thut, was die andre als vis adversus edictum facta ansehen muß, und wenn sodann eine jede alle die einzelnen Schritte vornimmt, welche schließlich das iudicium über ihre Doppelsponsionen zur Folge haben und im Anschlusse daran entweder das Cascellianum nebst dem iudicium über die summa licitationis oder statt beider das iudicium fructuarium bewirken.

Grundlage der Theilungsklage bilden kann, sondern auch andere dingliche Rechte, selbst schon eine iusta causa possidendi. Immer aber muß der Theilungsrichter einen Maßstab für die Auseinandersetzung der Parteien haben. Handelt es sich um ein untheilbares Recht, das eben seiner Untheilbarkeit halber jedem mehrerer Berechtigten in solidum (d. h. in einem nicht nach Quoten bestimmbaren Verhältnisse), zusteht, so giebt da, wo der persönliche Bedarf des einzelnen Berechtigten den Inhalt seines Rechtes bestimmt, wie beim usus (l. 10 §. 1 D. comm. div. 10, 3), eben dieser Bedarf im Verhältnisse zum Bedarfe des Concurrenten den Maßstab (vgl. Götting. gelehrte Anzeigen 1883 S. 802 ff.); wo das Recht zur Sicherung eines andern Anspruchs dient, wie die durch die missio legatorum und ventris nomine begründete Innehabung (l. 7 cit. §. 8), da bestimmt sich der Maßstab durch das Werthverhältniß der mittels jenes Rechtes gesicherten Ansprüche zu einander. Handelt es sich jedoch, wie bei der Auseinandersetzung von Mitbesitzern, um ein theilbares Recht, so kann der Theilungsmaßstab nur durch die Quoten der gemeinsamen Berechtigung gegeben werden. Und gerade die Ermittelung solcher Quoten ist in unserm Falle unmöglich: eine Theilung würde auf die reinste Willkür hinauslaufen.

25) Vgl. zum Folgenden Thl. 1 dieser Serie §. 1836[e] Ziffer 54 bis 56 und Thl. 2 §. 1838[o] Ziffer 97.

Denkbar ist es jedoch, daß keine Partei etwas vornimmt, was als vis adversus edictum facta gelten kann. Wurde bisher der Besitz durch einzelne Verfügungen ausgeübt, so unterbleiben alsdann derartige Verfügungen beiderseits; bestand der Besitz in dem dauernden Verhältnisse einer Partei zu dem streitigen Grundstücke, so enthält sich die andre Partei eines jeden Versuchs, auf das Grundstück einzuwirken, jene Partei aber räumt den Besitz. In beiden Fällen wird also das Grundstück, auf dessen Besitz sich das Uti possidetis bezogen hat, besitzlos. Von einer Fortsetzung des Streites kann nicht die Rede sein. Dieser Ausgang wird übrigens, namentlich in seiner zweiten Gestalt, nicht gerade oft vorgekommen sein; so viel ich sehe, ist er in den Quellen nirgends auch nur angedeutet.

Desto häufiger muß es vorgekommen sein, daß nach Erlaß des Interdicts die eine Partei entweder von vornherein sich jeder Handlung enthielt, die als vis adversus edictum facta gelten konnte, oder daß sie, obschon sie dergleichen gethan hatte, doch die übrigen Schritte zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens sei es sämmtlich unterließ, sei es nicht bis zu Ende fortsetzte, während die andere Partei das ihr Obliegende bis zu dem Puncte gehörig wahrgenommen hatte, auf dem die erste ihre Mitwirkung versagte. In solchem Falle ließ sich das doppelseitige Verfahren entweder überhaupt nicht einschlagen, oder, sofern es bereits begonnen war, nicht weiter verfolgen. Und zwar war es hierfür unerheblich, aus welchem Grunde jene Partei die Durchführung des doppelseitigen Verfahrens vereitelte, insbesondere, ob sie zwar bisher selbst den Besitz beansprucht, vielleicht gar ihrerseits das Interdict impetrirt hatte, nunmehr jedoch sich nicht getraute, den in diesem gefährlichen Verfahren sie treffenden Beweis zu erbringen; oder sich vor der

executio perplexissima der cetera ex interdicto ſcheute; oder nicht vermochte, die nöthigen Bürgen für das bei der fructus licitatio möglicherweiſe ihr verbleibende oder vielleicht bereits verbliebene Höchſtgebot zu ſtellen[26]); oder ob ſie von vornherein mit einem Beſitzanſpruche gar nicht aufgetreten war.

Nun aber braucht ſelbſtverſtändlich diejenige Partei, welche bis dahin ihren Obliegenheiten zwecks Durchführung des doppelſeitigen Verfahrens nachgekommen oder nachzukommen wenigſtens bereit geweſen iſt, ſich nicht dabei zu beruhigen, daß die Unthätigkeit des Gegners die Fortſetzung dieſes Verfahrens unmöglich macht. Es erſcheint vielmehr geboten, ihr, falls ſie thatſächlich im Beſitze iſt, Schutz gegen künftige Angriffe des Gegners auf ihren Beſitz zu gewähren, und umgekehrt, falls der Gegner den Beſitz thatſächlich hat, ihn zu deſſen Räumung an ſie zu nöthigen. Studemunds Entzifferung der veroneſer Handſchrift des Gaius hat uns volle Gewißheit darüber verſchafft, daß dies in der That geſchah[27]): es dienten dazu beſondere interdicta secundaria. Wir leſen jetzt Gai. IV, 170 mit ziemlicher Sicherheit ſo:

Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et co*n*paravit

26) Auf alle bisher berührten Möglichkeiten bezieht ſich die Warnung vor der Einlaſſung auf das Uti possidetis bei Frontin. de controv. agr. 44, 4sqq. Lachm.: De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur: magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima.

27) Vermuthet hatte etwas Aehnliches bereits Rudorff, de iuris dictione edictum §. 247 unter 4.

interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum *vis et potestas* haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive *non* possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto — — per interdictum secundarium —[28]).

Ueber die Fassung der interdicta secundaria giebt uns die Handschrift keine weitere Auskunft. Wahrscheinlich jedoch enthielten sie nicht den Hinweis darauf, daß Impetrat die cetera ex interdicto nicht gehörig vorgenommen habe; solcher Hinweis wäre zwecklos gewesen, denn sicherlich ertheilte der Prätor das im Einzelfalle geeignete secundarium erst dann, wenn jene Voraussetzung feststand. Waren doch mit Ausnahme des vim facere alle übrigen cetera Vorgänge in iure; das außergerichtliche vim fecisse ihrerseits aber mußte jede Partei darlegen, um zur fructus licitatio zu gelangen; sonst galt es als nicht geschehen.

Die Wirkung der interdicta secundaria ist nicht bedingt durch diejenigen Thatsachen, von denen die Wirkung des Uti possidetis selbst, das primarium, abhängt: die Partei, welche mit diesem hätte siegen müssen, kann dennoch, sobald sie die cetera unterläßt, im secundarium unterliegen. Indessen würde es irrig sein, diesen Erfolg

28) Huschke ergänzt die letzten Zeilen. si cetera ex interdicto *fecisset, si non fecit, tamen* per interdictum secundarium *vincitur*. Indessen würde das vincitur nur dann passen, wenn dem secundarium nothwendig eine Verurtheilung folgte; ich möchte statt dessen vorschlagen: vinci potest. S. unten den Text.

als nothwendig anzusehen: die secundaria sind keineswegs unbedingte prätorische Befehle, ebenso wenig, wie irgend ein anderes Interdict dies ist[29]).

Zweifellos ist es freilich, daß der Impetrat gegenüber dem secundarium so wenig eignen Besitzanspruch

29) Somit sind die interdicta secundaria auch keine „Ungehorsamsfolgen" der Weigerung des Impetraten, die cetera ex interdicto primario durchzuführen. S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 300 ff. Mit der Würdigung dieser Thatsache erledigt sich die Polemik Pflügers a. a. O. S. 228 ff. gegen die Verwendung der secundaria zum Schutze gegen bloße Störung des Besitzes. Er meint S. 237 f., in Fällen bloßer Besitzstörung sei das Uti possidetis durch einen Zusatz im Einzelfalle auf den wirklichen Streitgegenstand beschränkt worden, z. B. Uti possidetis eas aedes, in quas ille tigna immittere vult q. d. a. oder Uti possidetis eum locum, quem ille proiecto tegere (in quem proicere) vult q. d. a. Allein l. 3 §. 6 h. t. würde hierfür nur dann beweisend sein, wenn die Worte „qui proiecto tegetur" und „ex quibus proiectus est" zur Formel des Interdicts in dem erörterten Einzelfalle gehörten; in der That gehören sie dem Labeo an, der mittels ihrer die beiden betheiligten Grundstücke unterscheidet, ebenso wie er in l. 3 cit. §. 4 h. t. mit den Worten „quo radices continentur vitium" den locus, auf den sie gehen, in Gegensatz stellt zu dem andern locus, auf den die vites hinüber geleitet sind. Nach Pflüger, S. 259 N. 175, würde im Falle der l. 3 §. 4 noch der weitere Zusatz unentbehrlich gewesen sein: quas ille praecidere vult". Wäre in der That ein derart gefaßtes Interdict noch das Uti possidetis directum gewesen? — Noch weniger als jene Stellen beweiset für Pflüger (S. 232 f.) Gai. IV, 166 i. f. v. una inter eos sponsio itemque restipulatio una — ad eam fit — mag gleich eine allseitig befriedigende Ergänzung für diese abgerissenen Worte noch nicht gefunden sein. Und geradezu divinatorisch ist es, wenn Pflüger S. 234 f. aus Gai. IV, 148 die Worte „solet interdictum reddi" und „cuius rei gratia comparata sunt" als Stützen seiner Ansicht herbeizieht. S. unten §. 1852 Ziffer 2.

erheben, als die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes geltend machen kann.

Allein damit ist der Impetrant noch nicht einmal schlechthin der Nothwendigkeit überhoben, sein eignes Besitzrecht darzuthun.

Gegenüber der thatsächlichen Innehabung des Impetraten ist dies allerdings oft der Fall. So bedarf es fraglos jenes Beweises dann nicht, wenn der Impetrat selbst angiebt, Detentor des Gegners zu sein Namentlich aber ist jener Beweis unnöthig, wo der thatsächlich besitzende Impetrat nicht sowohl bestreitet, daß er vom Gegner juristischen Besitz erworben habe, als vielmehr, daß dieser Erwerb vitio geschehen sei. Denn mit dem Unterlassen der cetera ex interdicto ist eben die Geltendmachung des eignen Besitzrechtes für den Impetraten ausgeschlossen: gegenüber dem Zugeständnisse seines Besitzerwerbes vom Gegner bleibt also nichts übrig, als jenen Erwerb wie einen fehlerhaften zu behandeln. Indessen kann es auch vorkommen, daß der Impetrant den Dritten, von welchem der Impetrat den Besitz erworben hat, als seinen Detentor und den Besitzerwerb des Impetraten von demselben als fehlerhaft bezeichnet, während der Impetrat wenigstens das Erstere leugnet[29a]) Der Umstand jedoch, daß der Impetrat durch Unterlassen der cetera die Geltendmachung des eignen Besitzrechtes verwirkt hat, vermag nicht, den Gegner von dem Nachweise des zu seiner eignen Legitimation erforderlichen Umstandes zu befreien, jener Dritte sei sein Detentor gewesen, der Impetrat besitze mithin von ihm, und zwar, wie sich alsdann von selbst ergiebt, vitio. Weiter ist es möglich, daß der Impetrat seinerseits Detentor eines Dritten zu sein behauptet; und auch hier muß dem Impetranten der Nachweis obliegen, daß er selbst der juristische Besitzer sei[29b]).

29a) S. unten S. 452 zu N. 35.

29b) S. unten S. 451 zu N. 34 und S. 454 f. zu N. 38.

Sowohl da, wo der Beweis des impetrantischen Besitzrechtes unnöthig, als da, wo er erbracht worden ist, gebietet das secundarium restitutorium dem Impetraten, welcher die facultas restituendi wirklich hat, den Besitz dem Impetranten zu räumen, — und zwar ohne Zweifel auch dann, wenn er bloßer Detentor ist, sei es des Impetranten selbst, sei es eines Dritten.

Nun aber ist auch jene facultas restituendi bei Erlaß des secundarium restitutorium durchaus nicht immer gewiß, insbesondere da nicht, wo es sich um ein unbewohntes Grundstück handelt, dessen Besitz nur in einzelnen Verfügungen besteht[29c]). Da jedoch jene facultas eine unerläßliche Voraussetzung für die verbindliche Kraft unseres secundarium bildet, so ist sie im Falle ihrer rechtlichen Ungewißheit vom Impetranten zu beweisen.

Wie bei restitutorischen Interdicten überhaupt, so muß auch bei unserm Interdicte derjenige, qui dolo fecit, quo minus haberet, haften, ac si haberet. Nach dem Wesen des Verhältnisses macht ein Aufgeben der facultas restituendi hier den bisherigen Besitzer nur verantwortlich, sofern es geschieht, nachdem die Voraussetzungen des secundarium restitutorium bereits vorliegen, also erst, sobald er nach Erlaß des primarium das ihm gemäß der Sachlage bevorstehende Stück der cetera ex interdicto unterläßt. Begreiflicherweise aber wird die Thatsache des

29c) Bei solchen Grundstücken ist das secundarium prohibitorium jedenfalls dann nicht geeignet, wenn sie so eingefriedigt sind, daß sie ohne Oeffnung seitens des Impetraten nur mit Gewalt zugängig werden. Aber auch in anderen Fällen scheint das secundarium prohibitorium nur dann begründet, wenn der Impetrant vermöge der seinerseits vorgenommenen Ausübungshandlungen bereits bei Erlaß des Interdicts als Besitzer gelten kann, also namentlich auch dann, wenn der Impetrat selbst nur sein Detentor zu sein behauptet.

dolo malo desiisse habere meiſt beſtritten werden; ſicherlich hat der Impetrant ſie zu beweiſen.

Umgekehrt verpflichtet das secundarium prohibitorium den nicht beſitzenden Impetraten, der die cetera ex interdicto unterlaſſen hat, nur, den beſitzenden Impetranten künftighin in deſſen Beſitze nicht zu behelligen. Beſitzt dagegen auch der Impetrant das ſtreitige Grundſtück nicht, ſo iſt das secundarium prohibitorium für ihn gegenſtandslos, folglich ungeeignet, den Impetraten zu verpflichten. Soweit nicht etwa der Beſitz des Impetranten bereits feſtſteht, hängt daher die verbindliche Kraft des secundarium prohibitorium vom Beweiſe dieſes Beſitzes ab.

Gemäß vorſtehenden Ausführungen möchte alſo die Faſſung der secundaria etwa ſo zu vermuthen ſein:

Quas aedes, q. d. a., ab illo possides dolove malo fecisti, quo minus possideas[30]), eas illi restituas.

Uti eas aedes, q. d. a., ille possidet, quo minus ita possideat, vim fieri veto.

Unmittelbar leuchtet ein, daß die nicht beſitzende Partei, welche die cetera ex interdicto primario unterläßt, ſich dem secundarium prohibitorium des Gegners gar nicht zu entziehen vermag, gleichviel, ob deſſen Beſitz gewiß iſt oder nicht. Die beſitzende Partei aber, welche die cetera ex interdicto nicht vornehmen will, hat wenigſtens dann guten Grund, den Gegner nicht ſofort klaglos zu ſtellen, ſondern es zum secundarium restitutorium kommen zu laſſen, wenn es ungewiß erſcheint, ob dieſer zu erweiſen vermöge, daß er vor ihr beſeſſen habe. Uebrigens kann auch da, wo es feſtſteht, daß der Beſitzer dem Gegner

30) Die interdicta secundaria ſind zweifellos aufgeſtellt zu einer Zeit, als der Satz noch nicht galt: semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. Vgl. Thl. 1 dieſer Serie §. 1837 Ziffer 58 S. 336f.

zur Räumung des Besitzes verpflichtet ist, eine Meinungsverschiedenheit über den Umfang dieser Pflicht eine richterliche Entscheidung zweckmäßig erscheinen lassen. Endlich ist die Partei, welche den Besitz nach Erlaß des primarium verloren hat und deshalb begreiflicherweise die cetera ex interdicto nicht fortsetzt, genöthigt, sich dem secundarium restitutorium auszusetzen, wenn der Gegner jenen Verlust ihrem Dolus zuschreibt.

Im Einzelfalle erbittet der Impetrant aus dem Uti possidetis das secundarium entweder als prohibitorisches oder als restitutorisches, je nachdem er selbst das streitige Grundstück besitzt oder nicht.

Die mit Unterlassung der cetera ex interdicto seitens einer Partei der andern gegebene Möglichkeit, das nach Lage der Sache geeignete secundarium zu impetriren, war der Verjährung wahrscheinlich nicht ausgesetzt. Solange die letztere Partei von jener Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht hat, wird die erste nicht befugt gewesen sein, gegen jene ein neues primarium zu impetriren.

12. Das secundarium restitutorium findet in vier Fällen statt:

1) Der infolge seiner plus licitatio im Besitze Befindliche unterläßt die cetera ex interdicto.

2) Der mit dem Uti possidetis primarium Belangte ist nach seiner eignen Angabe nur Detentor, und zwar detinirt er wenigstens nach des Impetranten Behauptung für diesen[30a]).

30a) Irrig hat das OAG. Oldenburg 1850 das gegen einen Heuermann (Pächter) angestellte Uti possidetis (oder vielmehr secundarium restitutorium) verworfen, weil dieser sich selbst keinen Besitz zugeschrieben habe. Seufferts Arch. Bd. VII Nr. 41.

Dies kann in vierfacher Weise vorkommen.

a) Der Impetrat erkennt zwar den Gegner als juristischen Besitzer an, behauptet aber auf Grund eines obligatorischen oder eines dinglichen Rechtes[30b]) oder eines Retentionsrechtes das streitige Grundstück weiterhin detiniren zu dürfen; der Impetrant bestreitet Fortdauer oder Dasein jenes Rechtes. Begreiflicherweise wird sich der Impetrat auf die cetera ex interdicto nicht einlassen: der Erfolg aber des nunmehr gegen ihn erwirkten secundarium restitutorium hängt lediglich ab von der richterlichen Entscheidung über den Grund, aus dem er die Räumung der Detention weigert. Um solche Entscheidung herbeizuführen, bedurfte es ohne Zweifel der Einrückung einer entsprechenden exceptio in das Interdict.

L. 3 §. 7 i. f. h. t.:

dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita *Pomponius* quoque probat.

b) Derjenige, dem das streitige Grundstück zur Detention anvertraut ist, bestreitet die Gültigkeit des, diese begründenden, Rechtsverhältnisses mit der Behauptung, selbst Eigenthümer des Grundstücks zu sein. Sofern jene Behauptung sich beweisen läßt, stellt sich freilich jenes Verhältniß als nichtig heraus. Gleichwohl darf die Frage danach in den Besitzstreit nicht hineingezogen werden: es steht fest, daß die thatsächliche Lage des streitigen Grundstücks durch einen zweiseitigen Willensact begründet worden ist, der, mag er nun im übrigen Rechtsfolgen

30b) Abgesehen von den die Detention gewährenden Personalservituten: in diesem Falle findet zwischen dem angeblichen iuris quasi possessor und dem corporis possessor ein Uti possidetis utile statt. S. unten Ziffer 17 a. E.

haben oder nicht, zweifellos den Willen des bisherigen juristischen Besitzers bekundet hat, dem Empfänger des Grundstücks nur dessen Detention zu gewähren, und nicht minder den entsprechenden Willen dieses Empfängers, nur dessen Detention, und zwar für die andere Partei, zu erwerben. Jene, obschon zwecks Begründung eines Schuldverhältnisses nichtige, Vereinbarung ist die causa, kraft deren der Empfänger des Grundstücks dessen possessio, oder vielmehr detentio, thatsächlich erlangt hat. Nemo autem causam possessionis sibi ipse mutare potest [31]). Deshalb muß der Empfänger vorläufig den thatsächlichen Besitz herausgeben [32]). Läßt er sich auf das primarium ein, so wird er unterliegen; unterläßt er, in Voraussicht dieses Ausgangs, die cetera ex interdicto ohne den Impetranten durch Herausgabe des Grundstücks zu befriedigen, so erzwingt jener nunmehr dessen Herausgabe mit dem secundarium restitutorium.

c) Die Meinungsverschiedenheit zwischen dem juristischen Besitzer und dessen, zu eigner Benutzung der Sache befugtem, Detentor bezieht sich lediglich auf die Abgrenzung der beiderseitigen Verfügungsbefugnisse. Auf das primarium läßt sich der Detentor selbstverständlich nicht ein; im secundarium restitutorium beruft er sich einredeweis auf seine Benutzungsbefugniß. Da der juristische Besitzer dieselbe im ganzen durchaus nicht bestreitet, vielmehr nur

31) Bekanntlich gilt dieser Satz auch für die naturalis possessio, die bloße Detention L. 2 §. 1 D. pro herede 41, 5; l. 23 i. f. Cod. de loc. 4, 65.

32) L. 25 Cod. de loc. 4, 65 (Dioclet. et Maxim. 293): Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem debet primo restituere et tunc de proprietate litigare. Nach Krügers Vermuthung gehört deshalb wahrscheinlich der Schlußsatz der l. 23 eod. cit.: „nemo enim sibi iure possessionem mutare potest“ ans Ende der l. 25 cit.

Denkbar ist es jedoch, daß keine Partei etwas vornimmt, was als vis adversus edictum facta gelten kann. Wurde bisher der Besitz durch einzelne Verfügungen ausgeübt, so unterbleiben alsdann derartige Verfügungen beiderseits; bestand der Besitz in dem dauernden Verhältnisse einer Partei zu dem streitigen Grundstücke, so enthält sich die andre Partei eines jeden Versuchs, auf das Grundstück einzuwirken, jene Partei aber räumt den Besitz. In beiden Fällen wird also das Grundstück, auf dessen Besitz sich das Uti possidetis bezogen hat, besitzlos. Von einer Fortsetzung des Streites kann nicht die Rede sein. Dieser Ausgang wird übrigens, namentlich in seiner zweiten Gestalt, nicht gerade oft vorgekommen sein; so viel ich sehe, ist er in den Quellen nirgends auch nur angedeutet.

Desto häufiger muß es vorgekommen sein, daß nach Erlaß des Interdicts die eine Partei entweder von vornherein sich jeder Handlung enthielt, die als vis adversus edictum facta gelten konnte, oder daß sie, obschon sie dergleichen gethan hatte, doch die übrigen Schritte zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens sei es sämmtlich unterließ, sei es nicht bis zu Ende fortsetzte, während die andere Partei das ihr Obliegende bis zu dem Puncte gehörig wahrgenommen hatte, auf dem die erste ihre Mitwirkung versagte. In solchem Falle ließ sich das doppelseitige Verfahren entweder überhaupt nicht einschlagen, oder, sofern es bereits begonnen war, nicht weiter verfolgen. Und zwar war es hierfür unerheblich, aus welchem Grunde jene Partei die Durchführung des doppelseitigen Verfahrens vereitelte, insbesondere, ob sie zwar bisher selbst den Besitz beansprucht, vielleicht gar ihrerseits das Interdict impetrirt hatte, nunmehr jedoch sich nicht getraute, den in diesem gefährlichen Verfahren sie treffenden Beweis zu erbringen; oder sich vor der

executio perplexissima der cetera ex interdicto ſcheute; oder nicht vermochte, die nöthigen Bürgen für das bei der fructus licitatio möglicherweiſe ihr verbleibende oder vielleicht bereits verbliebene Höchſtgebot zu ſtellen[26]); oder ob ſie von vornherein mit einem Beſitzanſpruche gar nicht aufgetreten war.

Nun aber braucht ſelbſtverſtändlich diejenige Partei, welche bis dahin ihren Obliegenheiten zwecks Durchführung des doppelſeitigen Verfahrens nachgekommen oder nachzukommen wenigſtens bereit geweſen iſt, ſich nicht dabei zu beruhigen, daß die Unthätigkeit des Gegners die Fortſetzung dieſes Verfahrens unmöglich macht. Es erſcheint vielmehr geboten, ihr, falls ſie thatſächlich im Beſitze iſt, Schutz gegen künftige Angriffe des Gegners auf ihren Beſitz zu gewähren, und umgekehrt, falls der Gegner den Beſitz thatſächlich hat, ihn zu deſſen Räumung an ſie zu nöthigen. Studemunds Entzifferung der veroneſer Handſchrift des Gaius hat uns volle Gewißheit darüber verſchafft, daß dies in der That geſchah[27]): es dienten dazu beſondere interdicta secundaria. Wir leſen jetzt Gai. IV, 170 mit ziemlicher Sicherheit ſo:

Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit

26) Auf alle bisher berührten Möglichkeiten bezieht ſich die Warnung vor der Einlaſſung auf das Uti possidetis bei Frontin. de controv. agr. 44, 4sqq. Lachm.: De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur: magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima.

27) Vermuthet hatte etwas Aehnliches bereits Rudorff, de iuris dictione edictum §. 247 unter 4.

ausgewirkt hat, dasselbe dann aber nicht verfolgt, — nicht bloß so, daß er auf das vom Gegner ausgewirkte primarium nicht eingeht.

Im übrigen erheischen die Voraussetzungen dieses Falles eine Erläuterung nicht. Er bildet die goldene Brücke, über welche der iniustus possessor straflos oder doch höchstens mit der Buße einer einfachen sponsio poenalis der magna alea des interdictum duplex entrinnen darf, sofern er es nämlich unterlassen sollte, nachdem das secundarium restitutorium gegen ihn ergangen ist, einen arbiter darüber zu erbitten.

Daß auch in diesem Falle für den Impetranten des secundarium der Nachweis seines frühern Besitzes erforderlich werden kann, haben wir bereits gesehen[35]). Es geschieht da, wo der Impetrat bestreitet, daß der Dritte, von dem er den Besitz erworben hat, Detentor des Impetranten gewesen sei. Und gerade dann mochte es gelegentlich den Impetraten reizen, das auch für seinen Gegner gefährliche Verfahren cum sponsione einzuschlagen.

4) Der Impetrat tritt als Detentor eines Dritten auf, während der Impetrat weder ihn als seinen eignen Detentor (Fall 2d), noch jenen Dritten als iuste a se possidens gelten lassen will.

Hierher gehört der Fall, wo der Impetrat den Besitz des von ihm detinirten Grundstücks als Stellvertreter eines Dritten für diesen erst erworben hat, und zwar auf eine Weise, welche der Impetrant als ihm gegenüber fehlerhaft ansieht. Sodann der Fall, wo der Dritte ein unbewohntes Grundstück der Detention des Impetraten überlassen hat, dessen Ausübungshandlungen nun der Impetrant als ihm gegenüber fehlerhaft angreift. Daß in diesen beiden Fällen das interdictum retinendae possessionis auch gegen den Detentor formell zuständig

35) S. oben S. 444 zu N. 29a.

ist, dürfte kaum zweifelhaft sein. Nicht so fraglos aber möchte es erscheinen, ob ein solches Interdict auch gegen den Detentor eines bewohnten Grundstücks zustehe, dessen Detention der juristische Besitzer jenem erst nach seinem angeblich unrechtmäßigen Besitzerwerbe vom Impetranten übertragen hat. So gewiß nämlich es ist, daß dieser juristische Besitzer dem Uti possidetis dessen haftet, a quo iniuste possidet, ebenso gewiß ist es anderseits, daß der Dritte, welcher von ihm den juristischen Besitz weiter erwirbt, dem interdictum Uti possidetis des frühern Besitzers nicht ausgesetzt ist, selbst dann nicht, wenn er vor seinem Erwerbe wußte, sein Vorbesitzer habe den Besitz von jenem iniuste erworben: er selbst besitzt darum doch nicht jenem gegenüber iniuste.

L. 3 §. 10 h. t.:

Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam[36]).

Und in ähnlicher Stellung, möchte man annehmen, befinde sich auch der Detentor des iniustus possessor gegenüber demjenigen, von dem der Letztere vitio besitzt. Indessen darf nicht außer Acht bleiben, daß jener iniustus possessor zwar durch Weiterbegebung des juristischen Besitzes dem Uti possidetis entgeht, nicht aber durch Ueberlassung der bloßen Detention an einen Dritten: dieser kommt eben nur in Betracht als sein Stellvertreter in Ausübung des Besitzes. Daraus jedoch dürfte sich ergeben, daß gegenüber dem frühern juristischen Besitzer die Detention des Stellvertreters dem gleichen Mangel unterliegen muß, welcher dem Besitze des iniustus possessor selbst anhaftet. Diese Schlußfolgerung wird auch nicht etwa entkräftet durch die Thatsache, daß der Detentor des pro herede oder pro possessore possidens der gegen

36) S. auch l. 7 D. de vi 43, 16 und dazu § 1848 Ziffer 9 a. E. oben S. 86.

seinen Principal begründeten hereditatis petitio nicht haftet[37]). Denn gegenüber dieser Klage kommt es an auf den Besitztitel des Beklagten, d. h. auf den thatsächlichen Grund, infolge dessen er besitzt: und diesen bildet für den Detentor, ganz unabhängig vom Titel seines Principals, das die Detention veranlassende Verhältniß zwischen beiden; er besitzt m. a. W. stets nur pro detentore, niemals pro herede oder pro possessore. Das Uti possidetis dagegen des in Wirklichkeit nicht Besitzenden setzt nur voraus, daß der gegnerische Besitz ihm gegenüber fehlerhaft ist: dies aber ist auch beim Detentor des iniustus possessor der Fall, wenn anders jener nur den Besitz des Letztern ausübt. In Wirklichkeit wird allerdings der frühere Besitzer den Detentor des iniuste a se possidens mit dem Uti possidetis schwerlich angreifen, solange er darüber in Ungewißheit sich befindet, ob derselbe nicht etwa possessor suo nomine sei, mithin als solcher dem Interdicte nicht hafte; weiß er dagegen, daß jener nur Detentor ist, so wird er regelmäßig das Interdict nicht gegen ihn richten, sondern gegen dessen Principal. Immerhin aber konnte im classischen Rechte die Abwesenheit des Letztern, welche jenen selbst der Belangbarkeit entzog, dringenden Grund bieten, dessen Detentor als solchen zu belangen; und dieser hatte damals noch nicht die Befugniß, mittels der laudatio auctoris sich der Defensionspflicht zu entziehen.

Wo nun immer das Uti possidetis gegen den Detentor eines Dritten erwirkt worden war, da durfte ein solcher Impetrat sich auf die cetera ex interdicto nicht füglich einlassen. Sonach kam es alsdann zum secundarium restitutorium. In diesem aber lag, wie bereits

37) L. 13 §. 12 D. de H. P. 5, 3. S. Francke, exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione S. 172 ff. und S. 341 f.

bemerkt[38]), dem Impetranten der Beweis ob, er selbst habe den juristischen Besitz des streitigen Grundstücks solange gehabt, bis ihm derselbe durch den Gegner oder dessen Principal vitio entzogen worden sei.

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß in den Fällen 2, 3 und 4 das secundarium restitutorium stets zur Wiedererlangung eines, juristischen oder natürlichen, Besitzes dient, der schon vor Erlaß des primarium verloren gegangen war, und daß es im Falle 1 diesen Erfolg wenigstens haben kann. Da jedoch das secundarium aus dem primarium hervorgeht, so kann man mithin in allen diesen Fällen dem primarium selbst, m. a. W. dem Uti possidetis, recuperatorische Wirkung beilegen.

13. Unterließ nach Ertheilung des Uti possidetis diejenige Partei die cetera ex interdicto, welche thatsächlich das streitige Grundstück nicht besaß, so stand dem Gegner das secundarium prohibitorium zu, sofern er seinerseits den Besitz des Grundstücks hatte. Selbstverständlich war dies auch dann der Fall, wenn ihm der Besitz erst infolge seines Höchstgebotes bei der fructus licitatio zugekommen war; begreiflicherweise aber fand die häufigste Anordnung des secundarium prohibitorium da statt, wo sein Impetrant bei Erlaß des primarium den Besitz bereits gehabt und als Besitzer schon dieses erwirkt hatte.

Infolge der Aufstellung des secundarium prohibitorium ist das Recht des Besitzes zu seiner vollen Entfaltung gelangt.

Aufgestellt, um die als duplex iudicium eröffnete Erörterung, welche von beiden Parteien der andern gegenüber als rechtmäßiger Besitzer Schutz verdiene, auch für den Fall zum Abschlusse zu bringen, wenn die thatsächlich

38) S. oben S. 444 zu N. 29[b].

nicht besitzende Partei ihre, zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens unentbehrliche, Mitwirkung unterließ, ist das secundarium prohibitorium vermöge einer durchaus natürlichen Entwickelung zum Schutzmittel des Besitzes gegen bloße Störungen geworden.

Unzweifelhaft hätte es in der Hand des Prätors gelegen, zu solchem Zwecke ein selbständiges Interdict aufzustellen; und es ist gewiß keine zu kühne Vermuthung, daß er dies wirklich gethan haben würde, wenn er seine neue Erfindung des Besitzschutzes von Anfang an, wo nicht ausschließlich, so doch in gleicher Reihe mit der Entscheidung darüber, uter litigantium per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit[39]), auf die Abwehr bloßer Störung hätte richten wollen. Statt dessen hat er es vielmehr bei dem künstlichen Verfahren bewenden lassen, in welches das für jene Entscheidung berechnete interdictum duplex auslaufen konnte. Diese Thatsache dürfte somit den unwiderleglichen Beweis dafür erbringen, daß die Einführung des Uti possidetis mindestens nicht vorwiegend die Zurückweisung bloßer Eingriffe in den klägerischen Besitz bezweckte[40]).

Gleichwohl mußte es sich sehr bald, gewissermaßen unwillkürlich, zeigen, daß unser Interdict auch jenem Zwecke vollkommen entsprach. Diese Einsicht bot sich ganz von selbst, sobald nur einmal ein thatsächlich nicht

39) Gai. IV, 166a.

40) In Beziehung auf das Uti possidetis primarium hat also v. Jhering durchaus recht, wenn er, über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 92ff., das Erforderniß der Gewalt für dessen Begründung entschieden zurückweiset und dessen „reine Präjudicialfunction" betont. Nun freilich ist das Uti possidetis primarium niemals ein praeiudicium gewesen, d. h. ein mit der richterlichen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Verhältnisses sich erschöpfender Rechtsstreit.

besitzender Impetrat sogleich nach Erlaß des interdictum duplex erklärte, er erhebe seinerseits keinen Anspruch darauf, als Besitzer zu gelten, und es damit ohne weiteres gewiß geworden war, daß er die cetera ex interdicto nicht vornehmen werde: hier war jedes quaerere, uter possideat, von vornherein ausgeschlossen; die gesammte Verhandlung drehte sich einfach um ein Verbot künftiger Störung des klägerischen Besitzes. Gerade mit Rücksicht darauf, daß aus dem Uti possidetis duplex unter Umständen sich das secundarium prohibitorium als Schutzmittel des Besitzes gegen Störung entwickelt, durfte Ulpian sagen:

L. 3 §. 2 h. t.:

Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione[40a]).

Aus der gleichen Erwägung, daß das Uti possidetis zum secundarium prohibitorium führen werde, erscheint es als die geeignete Klage dessen, den der Nachbar hindert, die auf seinem, des Klägers, Grundstücke wurzelnden, also in seinem Besitze verbliebenen, aber an Bäume auf dem Nachbargrundstücke hinübergeleiteten Rebstöcke abzuschneiden oder zurückzuleiten; sowie dessen, der an der Bestellung seines Ackers gehindert wird.

L. 3 §. 4 h. t.:

Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid iuris sit. et ait *Pom-*

40a) Pflüger a. a. O. S. 254 giebt der l. 3 §. 2 cit. eine viel zu enge Beziehung, sofern er sie ausschließlich davon versteht, daß derjenige, gegen dessen Bau auf Grund eines Verbietungsrechtes Einspruch erhoben wird, das Uti possidetis primarium hatte, um den Nachbar zum Nachweise jenes Rechts zu veranlassen.

ponius posse te ei denuntiare[41]) et vites praecidere. idque et *Labeo* scribit, aut uti eum debere[42]) interdicto Uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit *Pomponius*[42a])

Die Beschränkung aber des Schutzes im Besitze gegen bloße Störung auf dieses scheinbar umständliche Verfahren war um so unbedenklicher, als dasselbe wohl nur ausnahmsweis eine Verzögerung mit sich brachte, wenn das Uti possidetis in Wahrheit nicht sowohl impetrirt worden war, um eine Entscheidung darüber zu veranlassen, uter possideat, als vielmehr lediglich, um Schutz gegen Störung im Besitze zu erlangen. Wo nämlich der Impetrat gar nicht daran dachte, seinerseits Besitzanspruch zu erheben, da hatte er dringenden Anlaß, noch in dem nämlichen Termine, worin das primarium ergangen war, die unumwundene Erklärung abzugeben, daß er sich auf die cetera ex interdicto nicht einlassen wolle. Andernfalls nämlich hätte er sich bei thatsächlicher Unterlassung der cetera unnöthigerweise der, unter Umständen nicht geringen, Unbequemlichkeit ausgesetzt, zwecks Empfangnahme des secundarium abermals in ius vocirt zu werden. Sobald er jedoch jene Erklärung abgegeben hatte, stand der sofortigen Erwirkung des secundarium in dem nämlichen Termine schwerlich etwas entgegen. Allerdings hatte auch der Impetrant noch nichts gethan,

41) Die vorgängige Anzeige war erforderlich, um dem Vorwurfe des clam fecisse zu entgehen. L. 3 §. 7 D. quod vi 43, 24.

42) eum debere *del.* M.

42a) Ueber Pflügers Auffassung dieser Stelle s. oben S. 443 N. 29.

was der Gegner als vis adversus edictum facta hätte bezeichnen, und was somit als Beginn der cetera seitens des Erstern hätte gelten können. Allein es wäre zwecklos, ja widersinnig gewesen, angesichts jener Erklärung des Impetraten erst noch eine reale Bethätigung des impetrantischen Besitzanspruchs zu verlangen, der in der Bitte um das secundarium so bestimmt wie möglich zum Ausdrucke gelangte.

Entsprechend verhielt es sich mit dem secundarium restitutorium. Sobald gegenüber dem Uti possidetis primarium der als Inhaber des streitigen Grundstücks Belangte die Erklärung abgegeben hatte, er wolle die cetera ex interdicto nicht vornehmen, durfte der Gegner unter der Bedingung, daß er den ihm etwa noch obliegenden Beweis erbringen werde[42b]), jenes secundarium erwirken; es hätte schlechterdings keinen Sinn gehabt, von ihm erst noch eine reale vis zu fordern.

Behauptet auf Grund des ergangenen secundarium prohibitorium der Impetrant demnächst eine vis sibi possidenti adversus edictum facta, so vermag wider die Klage aus der hierüber eingegangenen sponsio poenalis der Impetrat, wie wir wissen, auf die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes und einen mit Rücksicht auf diese ihm selbst zuständigen Anspruch auf den Besitz sich nicht zu berufen. Besteht jedoch die Handlung, worin der Impetrant die vis adversus edictum findet, lediglich in der Ausübung einer dem Impetraten zustehenden iuris quasi-possessio, welche die corporis possessio des Gegners beschränkt, so muß der Impetrat aus dem Sponsionsstreite als Sieger hervorgehen: wenngleich eigenmächtig vorgenommen, fällt diese Handlung gar nicht unter das Verbot der vis. So z. B. wenn der Impetrat als iuris

42b) S. oben Ziffer 11 S. 444 f.

quasi-possessor einer Wohngerechtigkeit innerhalb der Grenzen seiner geschützten Rechtsübung über das im Besitze des Impetranten befindliche Grundstück geht, reitet oder fährt. Denn das Verbot der vis geht eben nur soweit, uti ille possidet. Und selbstverständlich liegt eine eigenmächtige Verfügung des Impetraten überhaupt nicht vor, sofern die einzelne Handlung, welche als solche angegriffen wird, unter Ermächtigung des Impetranten vorgenommen worden ist, — ganz einerlei übrigens, ob diese Ermächtigung auf Grund eines dem Impetraten eingeräumten Rechtes erfolgt war, oder als völlig unverbindliche Erlaubniß. Dagegen verfällt dem secundarium prohibitorium z. B. der Pächter eines auch dem Verpächter zugänglichen[42c]) unbewohnten Grundstücks, der nach Erlaß jenes Interdictes zuwider dem ihm erklärten Willen des Verpächters fortfährt, dieses Grundstück zu bestellen oder abzuernten, ja, dasselbe unter Berufung auf seine Forderung auf das uti frui licere aus dem Pachtvertrage überhaupt noch zu betreten. Die gemäß diesem Vertrage von ihm bisher geübte Nutzung wird als Rechtsbesitz nicht geschützt; ihrer vertragswidrigen Entziehung oder Beschränkung halber steht ihm lediglich die Contractsklage zu.

14. Wie jedes andre prohibitorische Interdict begründet auch das secundarium prohibitorium an sich lediglich eine negative Rechtspflicht des Impetraten, nämlich die Pflicht, dasjenige zu unterlassen, was das Edict verbietet[43]). Es ist das die künftige Störung des beim Impetranten vorhandenen Besitzes. Dagegen verfolgt unser Interdict gerade seiner prohibitorischen Natur ge-

---

42c) Vgl. oben Ziffer 11 N. 29c S. 445.

43) Vgl. hiezu Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 60ff.

mäß grundsätzlich nicht eine bereits eingetretene Störung des Besitzes, und zwar auch dann nicht, wenn diese einen Zustand geschaffen hat, der als bleibende Verschlechterung des frühern Besitzstandes erscheint: mit dem Dasein jenes Zustandes ist der Besitz bereits ein andrer geworden. Gegenüber einem bereits bestehenden Vorbau des Nachbarn, der in unsern Luftraum widerrechtlich eingreift, bleibt daher das Uti possidetis auch in seiner Entwickelung zum secundarium prohibitorium erfolglos, und zwar ohne Unterschied, ob der gegenwärtige Nachbar selbst erst diesen Vorbau angebracht hat[43a]), oder ob schon sein Besitzvorgänger es gethan hatte.

43a) Irrig giebt Bruns, Besitzklagen S. 80 unter a hier das Uti possidetis.

In dem Falle Seufferts Arch. Bd. XXX, S. 229 (OG. Wolfenbüttel 1874) war das Uti possidetis nicht bloß deshalb unstatthaft, weil es sich um Anlagen handelte, die auf dem Grundstücke der Beklagten bereits ausgeführt waren sondern auch deshalb, weil diese Anlagen, die allerdings die Abwässerung des klägerischen Grundstücks hinderten, den Kläger in der Verfügung über sein Grundstück überhaupt nicht beschränkten. Das Erkenntniß bringt den letzten Grund ungeschickt unter den Gesichtspunct, daß die Beklagte den Besitz des Gegners nicht bestreite, auch nicht den Willen bekunde, über das Grundstück desselben eine eigne Herrschaft auszuüben.

Ebenso wenig wie bereits bestehende Vorrichtungen, die den Besitz der einen Partei zu Ungunsten der Freiheit des gegnerischen Besitzes umgestaltet haben, dem Uti possidetis unterliegen, thun dies nach gemeinem Rechte solche Veränderungen des Besitzes der einen Partei, welche einer den gegnerischen Besitz begünstigenden Legalservitut zuwiderlaufen. Hat der Nachbar trotz eines gesetzlichen Verbotes ein Fenster oder einen Balkon nach dem Grundstücke des andern zu angelegt, so ist damit der beiderseitige Besitzstand bereits geändert. Anders die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. I S. 78 nach französischem Rechte.

L. 3 §. 5 h. t.:

Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud Cassium relatum utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

Auf den ersten Blick hat es etwas Auffallendes, daß hier dem Uti possidetis gleichmäßig die Wirkung für beide Betheiligte abgesprochen wird: ist es doch selbstverständlich, wie es ja der folgende §. 6 ausdrücklich ausspricht[43b]), daß der Besitzer des mit dem Vorbau versehenen Hauses das Uti possidetis mit Erfolg erwirken kann, um dem Nachbarn das von diesem etwa geplante Abreißen des Vorbaus zu verwehren. Allein in der That bezieht sich die Stelle gar nicht auf ein vom Besitzer des Vorbaus erwirktes Uti possidetis, sondern ausschließlich auf dasjenige, das der andre Nachbar etwa in der Absicht erwirken könnte, den Vorbau zu beseitigen. Im Verfahren aus diesem Interdicte würde der Impetrat allerdings siegen, wenn es den Besitz des mit dem Vorbau versehenen Grundstücks beträfe: denn dessen Besitzer ist eben er, der Impetrat. So aber handelt es sich um den Besitz des überbauten Grundstücks, der unbestreitbar dem Impetranten zusteht. Bei solcher Sachlage darf sich der Impetrant auf die cetera ex interdicto natürlich nicht einlassen; das nunmehr aber vom Impetranten etwa erwirkte secundarium prohibitorium würde den Impetraten schlechterdings nicht nöthigen können, den Vorbau zu beseitigen: er begeht, indem er ihn nach

43b) Rudorff, Zusatz 170 zu v. Savigny, Recht des Besitzes S. 718, nimmt an, Cassius habe dieses Interdict für unwirksam gehalten, sich also in Gegensatz zu der, in l. 3 §. 6 h. t. mitgetheilten, Ansicht Labeos gestellt. Dies widerlegt sich schon durch das Labeo quoque scribit. S. unten N. 46.

wie vor bestehen läßt, keine vis, quo minus ille possideat, uti possidet. Also: utrique est inutile interdictum[44]).

Diese Erfolglosigkeit des Uti possidetis für den Besitzer des überbauten Grundstücks springt ganz besonders deutlich in die Augen, sobald man sich vergegenwärtigt, daß der Besitzer des mit dem Vorbau versehenen Hauses zum Schutze seines Besitzes, der ja eben auf den Vorbau sich mit erstreckt, seinerseits das Uti possidetis gebrauchen kann. Auf die cetera aus diesem Interdicte wird sich verständigerweise der Besitzer des überbauten Grundstücks nicht einlassen; das nunmehr begründete secundarium prohibitorium aber würde ihm untersagen, an dem Bestande des Vorbaus eigenmächtig irgend etwas zu ändern, namentlich diesen Vorbau abzureißen. So führt es von der gleichen Anschauung, wie Cassius und Ulpian sie nach l. 3 §. 5 cit. h. t. hegen[45]), Labeo in §. 6 eod. aus.

---

44) Bruns, Besitzklagen S. 81 f. trübt das Verständniß dieser Stelle dadurch, daß er die Zulässigkeit des Uti possidetis des einen wie des andern Betheiligten deshalb verneint, weil „in dem „dicatur“ noch keine Gefahr liege, um ein „vim fieri veto“ zu erlassen“. — Richtig Witte das interdictum Uti possidetis S. 103 f.

Die Darstellung des Textes zeigt, wie sehr Cujaz und Mommsen unsre Stelle mißverstanden haben, wenn sie statt „inutile“ lesen wollen „id utile“ oder dgl.

Pflüger a. a. O. S. 220 ff. findet in unsrer Stelle den Beweis für seine Behauptung (S. 216), daß das Uti possidetis zum Schutze des Besitzes affirmativer Gebäudeservituten unbrauchbar sei: deshalb habe der Besitzer des mit dem Vorbau versehenen Hauses gegenüber dem Besitzer des überbauten Grundstücks unsers Interdictes sich ebenso wenig bedienen können, als dieser jenem gegenüber. S. unten N. 48.

45) Labeo quoque scribit. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 64; Witte a. a. O. S. 104; Bruns a. a. O. S. 82. A. M. Rudorff (s. oben N. 43[b]).

Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdicis mecum, si[46]) eum locum possideamus, qui proiecto tegetur[47]), an[48]) quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic: Uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est?

---

46) Diese Fassung ist nicht edictsmäßig; es scheint am einfachsten, entsprechend dem folgenden „interdico tecum sic: Uti etc." zu lesen: „interdicis mecum sic: Uti eum locum (vgl. Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 350, der jedoch das „eum" fallen läßt), und sodann statt „possideamus" zu lesen: „possidetis". Die Worte: „qui proiecto tegitur" und: „ex quibus proiectus est" gehören nicht in die Formel des Interdictes, sondern bezeichnen nur dasjenige beider betheiligten Grundstücke, auf welches das einzelne Interdict zu beziehen wäre. S. oben S. 443 N. 29.

47) Pflüger a. a. O. S. 237 N. 135 versucht das Futurum „tegetur" durch die Annahme zu rechtfertigen, das Interdict werde von einem Besitzer impetrirt, der sich damit gegen den erst beabsichtigten Ueberbau des Nachbarn wehren wolle. Dies scheint mir ganz unzulässig. Denn dem Interdicte wegen desjenigen Grundstücks, auf welches jenes proiecto tegetur sich bezieht, wird ein Interdict wegen des andern Grundstücks gegenübergestellt, von dem es heißt: ex quibus (sc. aedibus) proiectus est, und nur dieser letztere Ausdruck stimmt zu dem im Eingange der Stelle gegebenen Thatbestande: proiectum habeo. Es muß also gelesen werden: tegitur.

48) Mit der Lesart „an" erscheint Labeos Ausspruch als eine Doppelfrage, die Pflüger a. a. O. S. 223 dadurch hervorhebt, daß er hinter „tegetur" ein Fragezeichen setzt. Er hält jenen Ausspruch für „höhnende Fragen", welche eine andere Antwort als die des Cassius ad absurdum führen sollen. „Wirst du vielleicht den Besitz deines überbauten Grundstücks, der gar nicht weiter in Frage steht, durch ein Interdict vertheidigen? Oder werde ich — und dabei wird die Ironie nun vollends deutlich — etwa ein

Demnach ist das Uti possidetis und das demselben nachfolgende secundarium prohibitorium ebenfalls wirkungslos, sofern es den Nachbar nöthigen soll, die infolge seiner eignen Thätigkeit in unsern Luftraum ausgebauchte

---

Interdict gebrauchen quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis? des Vorbaus, dessen Besitz ich doch nicht leichter behalten kann, als durch Balken und Mörtel, welche ihn mit dem anerkanntermaßen von mir besessenen Hause verbinden? So hat sich Labeo schon vor fast 2000 Jahren über unseren „Besitzschutz positiver Gebäudeservituten" lustig gemacht!" Nun ist es freilich richtig, daß Labeo nicht vom Besitzschutze einer positiven Gebäudeservitut redet, sondern vom Schutze im Besitze eines Hauses, das einen Vorbau in den Luftraum des Nachbarn hat. Allein anderseits läßt sich nicht füglich bestreiten, daß, wenn das Uti possidetis den Besitz des Hauses in dem Zustande schützt, durch den eine affirmative Gebäudeservitut ausgeübt wird es damit zugleich diese Ausübung schützt. Indessen kommt es hierauf in unsrer l. 3 §. 6 gar nicht an. Labeo will m. E. nur zeigen, daß bei der bestehenden Sachlage keiner der Betheiligten mit dem Uti possidetis, wie er es zum Schutze seines Besitzes erwirken könnte, gegenüber dem andern einen Erfolg zu erreichen vermag, weil der Besitz des einen keine controversia de possessione für den andern begründet. Aber eben deshalb halte ich mit Schmidt a. a. O. S. 64 zu N. 49 die Frageform der l. 3 §. 6 für überaus ungeschickt. Schmidt ersetzt das „an" durch „at"; befriedigender, wennschon ohne handschriftlichen Anhalt, wäre vielleicht „ego".

Ganz verfehlt dagegen scheint es mir, wenn Schmidt a. a. O. zunächst den Besitzer des überbauten Grundstücks mit seinem Uti possidetis eum locum etc. siegen läßt, weil er durch den Ueberbau, der doch bei Erlaß des Interdicts bereits vorhanden war, in seinem gegenwärtigen Besitze gestört werde; dann jedoch den Besitzer des Vorbaus mit seinem Uti possidetis eas aedes als gegenwärtigen Besitzer des Hauses ebenfalls siegen, und so eine Entscheidung die andre aufheben läßt. Abgesehen davon, daß m. E. das erste Uti possidetis an sich inutile bleiben muß, — wie sollte sich processualisch jenes gegenseitige Aufheben beider Entscheidungen

Mauer zurückzuziehen. Denn indem sich die Mauer in unsern Luftraum vorbauchte, ist sie doch immer im Besitze des Nachbarn geblieben: er besitzt sie jetzt mit der Ausbauchung: umgekehrt ist uns dadurch der Besitz unsers Grundstücks bereits geschmälert worden. Hier vermag uns allgemein[48a]) nur die negatoria in rem actio zu helfen, die in den Quellen in der That allein als geeignete Klage genannt wird[49]).

Eben deshalb haftet der Nachbar, dessen Besitzvorgänger unsre Rebstöcke an seine Bäume herübergezogen hat, nach l. 3 §. 4 cit. (oben S. 457) nicht schon des bestehenden Zustandes halber mit dem Uti possidetis bezw. dem secundarium prohibitorium daraus, sondern erst dann, wenn er uns nach Erlaß des Interdicts daran hindert, die Rebstöcke abzuschneiden oder auf unser Grundstück zurückzuleiten; denn erst damit begeht er eine edictswidrige vis, quo minus possideamus.

Noch weniger ist das Uti possidetis am Platze, wo die Mauer infolge ihrer Baufälligkeit oder eines Naturereignisses in unsern Luftraum sich ausgebaucht hat[49a]).

Steht dem dadurch Benachtheiligten im letzten Falle gegen den Besitzer der Mauer immerhin die negatoria zu, so haftet ihm der Besitzer eines Grundstücks überhaupt nicht, wenn der Zustand dieses Grundstücks als solcher weder die Freiheit des nachbarlichen Besitzes bedroht, noch

gestaltet haben? War doch zu Labeos Zeit an eine Compensation der Beträge nicht zu denken, in die beide Theile einander aus den Doppelsponsionen und den Nachklagen etwa verurtheilt worden wären. Und wie vollends wäre es mit den Nachklagen aus beiden Interdicten gewesen?

48a) D. h. abgesehen von der cautio domni infecti, die ihre besonderen Voraussetzungen hat.

49) L. 14 §. 1; l. 17 pr. D. si serv. 8, 5. Nach Bruns a. a. O. S. 80 unter a würde das Uti possidetis begründet sein.

49a) Bruns a. a. O. S. 80 unter b will hier das Uti possidetis geben, weil der Nachbar, als zur Reparatur verpflichtet, in deren Unterlassung eine vis durch omissive Handlung begehe.

in die Freiheit des nachbarlichen Eigenthums eingreift, wohl aber Dritten die Gelegenheit oder selbst die Veranlassung zu derartiger Bedrohung oder derartigen Eingriffen bietet, z. B. wenn unsre Mauer den Gassenbuben als Zielscheibe für Steinwürfe dient, die leicht das Nachbarhaus treffen, oder wenn der auf die steile Böschung unsers Ackers von den Anwohnern widerrechtlich, vielleicht gegen unser ausdrückliches Verbot, geworfene Kehricht auf das tiefer gelegene Nachbargrundstück hinunter zu fallen pflegt: der Bedrohte oder Beschädigte kann sich hier nur an die Thäter halten; wir sind ihm auf keine Weise zu Sicherungsmaßregeln gegen dergleichen Eingriffe verpflichtet, geschweige denn zu Ersatz des angerichteten Schadens.

15. Von dem Grundsatze, daß das secundarium prohibitorium dem Impetraten nur die negative Pflicht auferlegt, Störungen des Besitzes zu unterlassen, giebt es jedoch eine wichtige Ausnahme[50]).

Wie bei allen auf vim fieri veto lautenden prohibitorischen Interdicten, so tritt auch bei unserm Interdicte eine positive Verpflichtung des Impetraten dann ein, wenn derselbe vor Erlaß des Interdicts einen Zustand geschaffen hat, dessen Fortdauer nach diesem Erlasse als verbotswidrig erscheint. Dies ist dann der Fall, wenn der Impetrat selbst auf dem Grundstücke des Gegners eine Veränderung vorgenommen (z. B. einen Damm aufgeführt, einen Graben gezogen oder zugeworfen[50a]), eine Wand gesetzt[50b]), Pflöcke eingeschlagen[50c]), ein Wasser-

50) Vgl. zum Folgenden Thl. 1 dieser Serie §. 1837 Ziffer 63.

50a) Seufferts Archiv Bd. I Nr. 222 (OAG. Wiesbaden 1839); Bd. XXIII Nr. 229 (AG. Celle 1868).

50b) Das. Bd. XXVI, 79 (OAG. Berlin 1871); richtig, soweit das Uti possidetis zur Beseitigung der auf die Mauer des Impetranten gebauten Wand zugelassen wird.

50c) Seufferts Archiv XXXXI Nr. 11 (Oberster Gerichtshof für Bayern 1875); XXXIV Nr. 273 (ders. 1879).

leitungsrohr entfernt[50d]), einen Verhau errichtet) hat, die, ohne ihres Urhebers eignen Besitz umzugestalten, durch ihre Fortdauer den Besitz des Gegners stört. Da nämlich das Interdict dem Impetraten für die Zukunft eben jede Einwirkung auf den Besitz des Gegners untersagt, er jedoch eine solche Einwirkung kraft der Fortdauer jener Anlage vornehmen würde[50e]), so vermag er dem Verbote nur dadurch nachzukommen, daß er sie beseitigt.

L. 3 §. 9 h. t.:

Si vicinus meus in parte[51]) meo tectoria habet et in parte sua, Uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

Jemand hat eine Wandbekleidung auf der Wand angelegt, welche der Nachbar besitzt. Der Letztere erwirkt gegen jenen das Uti possidetis und, da jener, wie wir ohne Zweifel annehmen dürfen, cetera ex interdicto facere non vult, demnächst das interdictum secundarium, und zwar, weil gegen einen Nichtbesitzer, in prohibitorischer Fassung. Impetrat muß jetzt, um dem Verbote zu genügen, die Bekleidung von der Wand des Nachbarn entfernen, sonst fügt er demselben eine edictswidrige vis zu. Allerdings sagt die Stelle nicht, daß der Impetrat selbst

50d) Das. Bd. XXXV Nr. 181 (Oberster Gerichtshof für Bayern 1880).

50e) Das eigenmächtige Aufziehen der Schützen einer Mühle ist so wenig eine dauernde Vorrichtung, wie etwa das unbefugte Oeffnen einer Thür. Deshalb bezeichnet Seufferts Archiv Bd. XXVII Nr. 202 (OG. Wolfenbüttel 1872) jene Handlung irrig als Besitzstörung.

51) Mommsen schaltet ein: „in pariete", und bemerkt, das „sua" sei nicht zu „parte" zu beziehen, sondern zu „tectoria". Einfacher dürfte es sein, mit Pflüger a. a. O. S. 259 f. statt: in parte meo zu lesen: in pariete meo, und mit den Basiliken LVIII, 173: (*Εἰ ὁ γείτων μου ἐν τῷ τοίχῳ μου κονιάματα ἤτοι ζωγραφίας ἔχει, καλῶς κινῶ, ἵνα ταῦτα ἀφέληται*) das „in parte sua" als Einschiebsel zu streichen.

die Wandbekleidung auf der Wand des Nachbarn erst angelegt habe, erwähnt vielmehr nur, daß er sie dort habe. Nichtsdestoweniger halten wir uns nicht nur für befugt, sondern geradezu für genöthigt, anzunehmen, daß die Anlage von ihm herrühre. Da nämlich der Besitzer der Wand nothwendig zugleich Besitzer der auf ihr angebrachten Bekleidung ist, so kann ihm kein Dritter als Besitzer der Bekleidung haftbar sein: eine Haftung wegen des Fortbestehens der Bekleidung, die aus einer gegen den Besitzer der Wand begangenen edictswidrigen vis entspringt, läßt sich nur gegen denjenigen begründen, der die Bekleidung angelegt hat.[52]) Demgemäß würde im Falle der l. 3 §. 4 h. t. derjenige selbst, der die Rebstöcke des Nachbarn an seine Bäume gebunden hat, schon dann mit dem Uti possidetis haften, wenn er nach dem Erlasse des secundarium prohibitorium nicht alsbald die Rebstöcke von seinen Bäumen löset und auf das Grundstück des Nachbarn zurückführt, — nicht erst, wie sein Nachfolger im Besitze seines Grundstücks, wenn er den Nachbar am Abschneiden oder Zurückleiten der Rebstöcke hindert.

Übrigens ergiebt l. 3 §. 9 cit. zugleich, daß das secundarium prohibitorium keineswegs auf solche, die Verfügungsfreiheit des Besitzers schmälernde, Eingriffe beschränkt ist, welche den Werth des Besitzes vermindern:

---

52) Pflüger a. a. O. S. 260 f. verkennt die restitutorische Wirkung der possessorischen Interdicte auf vim fieri veto gegenüber einem vom Impetraten selbst geschaffenen Zustande, dessen Fortdauer durch das Interdict verboten wird. Er nimmt deshalb zuwider dem durch die Basiliken bestätigten Wortlaute der l. 3 §. 9 an, das Interdict verbiete in unserm Falle dem Impetraten nur, den Impetranten an der Wegnahme der tectoria zu hindern; das ea tollere compellatur könne nur insofern von einem Zwange verstanden werden, als der Impetrat vermuthlich die Beseitigung selbst vornehme.

auch Verbesserungen seines Besitzes braucht der Besitzer sich nicht aufnöthigen zu lassen.[52a])

Gemäß dem Inhalte des secundarium prohibitorium, vim illi possidenti ne faciat, kann als edictswidrige vis nur ein solches Gebahren gelten, welches den Besitzstand des Impetranten aufhebt oder schmälert, also den Besitzer, wie es l. 3 §. 2 h. t. bezeichnet, prohibet, uti sua possessione, oder, wie l. 8 §. 5 D. si serv. 8, 5 es ausdrückt, wodurch der Besitzer prohibetur, qualiter velit, suo uti.[53]) Dementsprechend begründet l. 3 §. 4 h. t. die Wirksamkeit dieses Interdicts in den von ihr erörterten Fällen damit, daß wer den Besitzer der Rebstöcke verhindert, dieselben abzuschneiden oder auf sein Grundstück zurückzuleiten, diesem eine vis anthut, quo minus possideat; daß wer an der Bestellung seines Grundstücks verhindert wird, damit possidere prohibetur[54]).

Dagegen kommt es schlechterdings darauf nicht an, ob ein Gebahren, das an und für sich, als nackte Thatsache, in die Freiheit unsrer Verfügung über ein Grundstück eingreift, zwecks Ausübung einer angeblichen Rechts-

---

52a) Irrig nimmt das Erkenntniß des obersten Gerichtshofs zu Wien 1885 (Seufferts Arch. Bd. XL Nr. 277) an, es liege deshalb keine Besitzstörung darin, daß jemand einen Eiskeller wider Willen des Besitzers mit Eis fülle, weil ohne diese Füllung der Keller entwerthet worden sein würde.

53) Vgl. auch l. 11 D. de vi 43, 16: Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebat, uti arbitrio suo, sive inserendo sive faciendo sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.

54) Vgl. ferner l. 52 §. 1 D. de a. p. 41, 2 (Venuleius lib. 1. interd.): Eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque prohiberi manifestum est. S. auch l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1; l. 8 § 5 D. si serv. 8, 5; l. 12 D. comm. div. 10, 3.

zuständigkeit erfolgt ist oder in bewußter Rechtswidrigkeit oder ohne jeden Gedanken an Recht oder Unrecht. Wer durch Benutzung einer schlecht eingerichteten Düngerstelle, eines ungeschickt angelegten Stalles es bewirkt, daß die Jauche in den Keller oder in den Brunnen des Nachbarn abläuft, der verfällt des Letztern Uti possidetis mittels des secundarium prohibitorium: er hindert durch seine Benutzung der Düngerstelle, gleichviel ob er selbst diese angelegt oder sie so vorgefunden hat, den Nachbar arbitrio suo, uti velit, re sua uti[55]).

Wer das Uti possidetis in solchen Fällen aus dem Grunde für unanwendbar hält, weil der Gegner sich selbst keinerlei Verfügung über das vom Kläger besessene Grundstück anmaße, der verkennt den Unterschied zwischen den Voraussetzungen für das doppelseitige Verfahren aus dem interdictum primarium, in welchem allerdings jede Partei schutzwürdigen Besitz für sich in Anspruch nehmen mußte, und den Voraussetzungen für das einseitige Verfahren aus dem interdictum secundarium prohibitorium, aus dem

55) In dem Erkenntnisse des Cassations- und Revisionshofes Berlin v. J. 1824 bei Seuffert Bd. II, 136 ist seltsamerweise gesagt, das bloße Trübewerden des Wassers im Brunnen, das durch eine derartige Jaucheableitung veranlaßt wurde, könne „als eine Störung im Besitze von reinem Wasser zur Begründung einer possessorischen Klage nicht angesehen werden." Veranlaßt scheint diese Ansicht durch unrichtige Verwerthung der Thatsache, daß wir es uns gefallen lassen müssen, wenn der Nachbar durch eine Brunnenanlage auf seinem Grund und Boden uns das Wasser entzieht. Aber das Brunnengraben auf dem eignen Grundstücke ist keine edictswidrige vis, weil qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Zu Immissionen dagegen, welche nicht etwa beim nachbarlichen Zusammenwohnen unvermeidlich sind, ist niemand befugt; daher liegt in ihnen eine vis adversus edictum facta, wenn sie den Nachbar in der Benutzung seines Grundstücks hindern.

die Verurtheilung einfach davon abhing, ob der Impetrat eine vis adversus edictum begangen hatte. Ja, es ist nicht einmal erforderlich, daß der Impetrat gegenüber dem letztern Interdicte den Besitz des Impetranten ganz oder theilweis bestreitet[56]); er muß auch dann verurtheilt werden, wenn er bei unbedingter und unbeschränkter Anerkennung des klägerischen Besitzes diesen thatsächlich irgend wie dadurch schädigt, daß er den Gegner in der ihm bis dahin zustehenden Möglichkeit der thatsächlichen Verfügung über das Grundstück beeinträchtigt. Eben in dieser Beeinträchtigung der Möglichkeit des uti sua possessione liegt die possessionis controversia, welche nach l. 3 §. 2 h. t. das secundarium prohibitorium begründet

Ganz anders freilich faßt v. Ihering[57]) diesen Ausdruck auf. Er folgert daraus, daß das Uti possidetis, abgesehen von „Anstalten“[58]) nur „negative Eingriffe“ in den Besitz verbiete, d. h. „Prohibitionen“, in welchen „eine Aneignung des Besitzes gefunden werden“ kann, — nicht „die vis, die in Eingriffen in die besessene Sache besteht,“ „also namentlich auch nicht Immissionen, sondern die vis, welche ihre Spitze gegen den Besitzer kehrt, d. h. den Schluß begründet, daß der Gegner ihn als solchen nicht gelten lassen will.“ Daraus will der genannte Schriftsteller erklären, daß die römischen Juristen wegen Vornahmen, welche den Inhalt einer Servitut bilden können, sich also mit Anerkennung des gegnerischen Besitzes vertragen, nicht das interdictum Uti possidetis, sondern die actio negatoria geben, und wegen solcher, die

56) Wie v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 §. 336 unter Anm. 1, II a. E. S. 683, es verlangt.

57) In seinen Jahrbüchern Bd. 23, 1885 in dem Aufsatze: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen S. 253—263.

58) Womit ohne Zweifel bleibende Vorrichtungen oder Veränderungen an den betheiligten Grundstücken selbst gemeint sind.

dies nicht können, ebenfalls nicht jenes, sondern die actio iniuriarum. Diese Acte nämlich involviren nach seiner Meinung keine controversia possessionis, das heißt in v. Iherings Sinne: sie machen keine richterliche Untersuchung darüber nöthig: uter possideat; der Eingriff, den der Beklagte hier vorgenommen habe, falle nicht unter den Gesichtspunct der vis zur Behauptung des eigenen Besitzes. Gewiß ist die Untersuchung: uter eum fundum, q. d. a., possideat, überflüssig gegenüber der Ausübung einer angeblichen Wegegerechtigkeit oder eines Nießbrauchs an jenem Grundstücke; aber ist sie in der That da nöthig, wo der Miether sich der vom Vermiether beabsichtigten Ausbesserung des Hauses deshalb widersetzt, weil sie nicht erforderlich sei? Oder kehrt etwa die Ausübung des angeblichen Nießbrauchs ihre Spitze insofern nicht auch gegen die Person des Besitzers, als der angebliche Nießbraucher doch schwerlich unterlassen wird, jenen an der Bestellung und vollends an der Aberntung seiner Felder zu verhindern? Wir sträuben uns, es für v. Iherings wahre Meinung zu halten, daß wer durch den unerträglichen Rauch oder Gestank oder Lärm, den das auf dem Nachbargrundstücke betriebene Gewerbe entwickelt, aus seinem Hause vertrieben wird, im Gebrauche dieses Hauses nicht verhindert wäre. Und gewährt v. Ihering, weil, wenn wir ihn recht verstehen, hier die vis ihre Spitze gegen die Person des Besitzers kehrt, das Uti possidetis demjenigen, den am Betreten seines Gartens die Drohung des Nachbarn verhindert, dieser werde ihn niederschießen, sobald er sich dort zeige, — so irren wir wohl kaum in der Annahme, der geistvolle Gelehrte würde das nämliche Schutzmittel auch demjenigen nicht versagt haben, dessen Garten der Nachbar lediglich aus Vergnügen am Knallen, ohne jegliches Ziel fortgesetzt unter scharfem Flintenfeuer hält, obgleich hier die vis „bloß die Sache trifft." Ist aber diese unsre An-

nahme richtig, so hat sich damit v. Iherings Unterscheidung zwischen negativen und positiven Eingriffen und das daraus hergeleitete Erforderniß der Bestreitung des fremden und der Behauptung des eignen Besitzes zur Passivlegitimation für das Uti possidetis als unhaltbar herausgestellt. In der That paßt es schon ganz und gar nicht zu ihr, daß, wie v. Ihering selbst angesichts der l. 5 §. 10 i. f. D. de O. N. N. 39, 1[59]) einräumen muß, das Uti possidetis ohne weiteres durch „Anstalten" im Gegensatze zu „persönlichen Eingriffen" veranlaßt werden kann; es ist nicht zu verstehen, wieso in solchen Anstalten, nicht jedoch in persönlichen positiven Eingriffen, ein Bestreiten des fremden, ein Behaupten des eignen Besitzes, m. a. W. eine controversia possessionis im Sinne v. Iherings liegen müsse. Und auch sonst sprechen die Quellen nicht zu seinen Gunsten. Richtig ist es, daß gegen denjenigen, der eine fremde Wohnung wider den Willen ihres Bewohners betreten hat, nur die nach l. 23 D. de iniur. 47, 10 zugelassene actio iniuriarum stattfindet, nicht auch das Uti possidetis; wir werden aber alsbald sehen, weshalb nicht[60]). Ebenso concurrirt das Uti possidetis nicht mit der in l. 15 §. 31 und l. 20 D. eod.[60a]) gegebenen actio iniuriarum.

---

59) Ulp. lib. 52. ad ed.: — si forte in nostro aliquid facere perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum Quod vi aut clam aut Uti possidetis uti. Daß unter dem facere hier bauliche Anlagen verstanden werden müssen, erhellt aus dem Gegensatze des in den vorhergehenden Worten der Stelle erwähnten in suo facere, das nur mittels der operis novi nuntiatio verhindert werden kann.

60) S. unten zu N. 66[a].

60[a]) L. 15 §. 31 cit. (Ulp. lib. 57. [nicht 77.] ad ed.): Si quis bona alicuius vel rem unam per iniuriam occupaverit, iniuriarum actione tenetur. L. 20 cit. (Modestin. lib. 12. resp.): Si iniuriae faciendae gratia Seia domum absentis debitoris signasset sine auctoritate eius, qui concedendi ius

Wenn jemand das Haus seines abwesenden Schuldners ohne Ermächtigung des zur Ertheilung einer missio rei servandae causa zuständigen Magistrates durch Anschlag so bezeichnet hatte, als wäre es kraft solcher missio beschlagnahmt worden (l. 20 cit.), so hinderte er dadurch den Schuldner in der thatsächlichen Verfügung über das Haus so wenig wie in der rechtlichen: von einer Besitzstörung konnte schlechterdings nicht die Rede sein. Und wenn jemand auf Grund einer widerrechtlich von ihm erwirkten missio in bona ein Grundstück des Gegners beschlagnahmt hat[60aa]), so ist Letzterm damit allerdings nicht die Innehabung des Grundstücks entzogen, die ihm vielmehr gemeinschaftlich mit dem immissus zusteht[60b]); wohl jedoch ist er in der thatsächlichen Verfügung über dasselbe, insbesondere hinsichtlich der Nutzbarmachung vollständig gehindert: diese steht dem immissus zu[60c]). Gleichwohl ist nicht das Uti possidetis der geeignete Rechtsbehelf: wegen der formellen Ermächtigung des Magistrates begeht auch der per iniuriam Immittirte keine vis, d. h. keine Eigenmacht. Es bleibt dem Schuldner nichts übrig, als mittels einer Präjudicialklage die Rechtmäßigkeit des Immissionsdecretes anzufechten[60d]); erst dann, wenn er hierauf ein ihm günstiges Erkenntniß erzielt hatte, der Immittirte jedoch trotzdem die Mitdetention des Grundstücks nicht aufgab, wäre das Uti possidetis gegen ihn denkbar ge-

---

potestatemve habuit, iniuriarum actionem intendi posse respondit.

60aa) Dies ist wohl der Fall der l. 15 §. 31 cit., nicht, wie v. Jhering a. a. O. S. 207 ff. für wahrscheinlich hält, ebenso wie in l. 20 eod. eigenmächtige Beschlagnahme.

60b) L. 3 §. 23 l. 10 §. 1 D. de a. p 41, 2. S. unten Ziffer 15 N. 79.

60c) L. 8 §§. 1 sqq. de reb. auct. 42, 5.

60d) Arg. l. 30 D. de reb. auct. 42, 5. Cic. pro Quinct. 8, 30.

weſen[60e]). — Wenn ſodann l. 15 §. 1 D. quod vi 43, 24[60f]) in dem Falle, wo jemand Steine auf ein fremdes Grundſtück geworfen hat, nur das Quod vi aut clam erwähnt, nicht auch das Uti possidetis, ſo iſt das deshalb ſehr erklärlich, weil die Beſorgniß gar nicht vorlag, es werden auch künftig noch Steine herübergeworfen werden, alles vielmehr nur auf Beſeitigung der bereits hinübergeworfenen Steine ankam. Denn wennſchon dieſe, wie wir geſehen haben, gegenüber dem, der die Steine auf unſern Acker geworfen hat, auch mittels des Uti possidetis erzwungen werden kann, da die auf unſerm Acker liegenden Steine uns an deſſen Beſtellung immerhin behindern, ſo war doch das Quod vi aut clam zu gleichem Zwecke weit bequemer: erbittet, wie gewöhnlich, der Impetrat einen arbiter, ſo gelangt es ſofort, d. h. ohne den beim Verfahren per sponsionem unvermeidlichen Aufſchub bis zum rerum actus, zur Aburtheilung und iſt für den Impetranten völlig gefahrlos; auf alle Fälle aber iſt der Letztere nicht den proceſſualiſchen Umſtändlichkeiten und den hohen Proceßbußen des Uti possidetis ausgeſetzt. Zudem aber war nach dem Zuſammenhange unſrer Stelle die Frage nicht ſowohl darauf gerichtet, welche Rechtsbehelfe überhaupt dem Beſitzer des die Steine tragenden Grundſtücks zugebote ſtehen, als vielmehr lediglich darauf, ob und gegen wen etwa er das Quod vi impetriren könne. —

60e) Vgl. übrigens auch l. 11 D. ut in poss. legat. 36, 4 und l. 40 D. de sol. 46, 3 und dazu Thl. 3 dieſer Serie §. 1845 Ziffer 5 S. 164 f.

60f) Ulp. lib. 71. ad ed.: Is, cui fundum pastinendum (umzugraben) locaveras, lapides sustulerit et in vicini proiecit praedium. ait Labeo te Vi aut clam non teneri, nisi iussu tuo id factum sit: ego puto conductorem teneri, locatorem autem non alias, nisi aut patientiam praestare possit aut aliquam actionem habeat, quam praestet, ceterum teneri non oportere.

In l. 44 D. de iniur. 47, 10[60g]) sodann sagt Javolenus durchaus nicht, daß Immissionen auf das Nachbargrundstück nicht mit dem Uti possidetis verfolgt werden könnten, vielmehr nur, daß unter Umständen deswegen die actio iniuriarum statthaft sei. Daß letztere jedenfalls nicht die allein zulässige ist, ergiebt sich schon aus der eben besprochenen l. 15 §. 1 D. quod vi 43, 24. Anderseits versteht es sich von selbst, daß das Uti possidetis nicht dazu dienen kann, eine bereits geschehene Immission als solche zu ahnden. Welche Klage also im Einzelfalle die geeignete ist, wird von den Umständen abhangen. Kommt es dem Kläger wesentlich nur an auf Beseitigung der durch die Immission bewirkten Veränderungen an seinem Grundstücke, so wird er das Quod vi aut clam wählen; ist es ihm zugleich oder ausschließlich zu thun um Verhinderung der Immission für die Zukunft, das Uti possidetis; hat endlich die Immission eine Veränderung am klägerischen Grundstücke nicht bewirkt, und ist auch ihre Wiederholung nicht zu besorgen, so kann er die actio iniuriarum gebrauchen, sofern er nachzuweisen vermag, daß der Gegner jene Immission dolo malo, d. h. mit dem Bewußtsein des dem Kläger nachtheiligen Erfolgs vorgenommen hat. — Vergegenwärtigen wir uns sodann, daß das Eindringen starken Rauchs uns in der Benutzung unsrer Wohnung sehr empfindlich behindern kann, so müssen wir es mindestens für willkürlich halten, wenn v. Ihering die in l. 8 §. 5

60g) Javolen. lib. 9. ex poster. Labeonis: Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa inmittitur.

i. f. D. si serv. 8, 5[61]) in Beziehung auf Raucherzeugung ausgesprochene Anwendbarkeit des Uti possidetis auf den Fall beschränkt, wo der Impetrant in der Hervorbringung von Rauch verhindert wird. Denn die Anwendbarkeit des Interdicts ist hier schlechthin für alle Fälle anerkannt, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. Irrig also behauptet v. Jhering[61a]), der Jurist verweise in Be-

---

61) Ulp. lib. 17. ad ed.: Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei (*serviunt: nam ins.* M.) servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicitur igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Miuturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere. (ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere. si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

Auf die l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1 v.: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum, prohibere quam operis novi nuntiatione — berufe ich mich nicht, weil es überaus bestritten ist, ob das per praetorem prohibere auf das Uti possidetis geht, — wie ich allerdings annehme. Vgl. Stölzel, die Lehre von der operis novi nunciatio u. s. w. S. 349 N. *).

61a) A. a. O. S. 254. Ebenso v. Bangerow, Lehrb. Bd. 1 §. 355 S. 781, Bruns, Besitzklagen S. 80 f., Rindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechts S. 71. Nach Pflüger, a. a. O. S. 262 ff., giebt l. 8 §. 5 cit. dem Be-

zug auf die positiven Eingriffe in fremden Besitz, obwohl er gerade diese behandle, ausschließlich auf die actio negatoria, ohne der Möglichkeit des interdictum Uti possidetis zu gedenken, während er dieselbe in Bezug auf ein Verhältniß erwähne, das nicht zur Frage stehe. Hätte der scharfsinnige Gelehrte die Stelle unbefangen angesehen, so würden gerade die von ihm hervorgehobenen Umstände ihn zu der Anschauung geführt haben, daß die Erwähnung der confessoria actio für das ius fumi immittendi nur eine beiläufige Nebenbemerkung bildet[62]), im übrigen aber vom Schutze der Immission in der ganzen Stelle keine Rede ist, m. a. W. daß das Uti possidetis gerade umgekehrt ausschließlich als Schutzmittel gegen Immission

---

sitzer das Uti possidetis gegen den Nachbar, der ihn thatsächlich an übermäßigen Immissionen hindert, um diesen zur actio negatoria zu zwingen. Sein Besitz nämlich verleihe dem durch meine Immissionen belästigten Nachbarn nur das gleiche Recht, wie mir der meine, d. h. das gleiche Recht, sein Grundstück ohne Rücksicht auszubeuten, mich durch noch ärger belästigende Immissionen zu überbieten; um mir dagegen etwas verbieten zu können, bedürfe es eines bessern, als des bloß gleichen Rechts: er müsse sich durch die actio negatoria als rechtmäßigen Besitzer ausweisen. Demnach sei mir freilich das Uti possidetis nur dann von Nutzen, wenn ich dem Nachbarn die Rechtmäßigkeit seines Besitzes bestreiten könne, also nur gegen den malae fidei possessor, der auch actio negatoria Publiciana nicht anstellen könne. Setzte aber das Verbietungsrecht des Nachbarn in der That voraus, daß er ein besseres Recht habe, als ich, nicht bloß das gleiche, so müßte auch seine negatoria erfolglos bleiben, sobald ich das Eigenthum an dem von mir besessenen Grundstücke nachweise; hier hat er doch auch nur ein gleiches Recht, wie ich, kein besseres, als ich! Damit dürfte Pflügers Ausführung widerlegt sein.

62) Wie wir sie in N. 61 als solche bezeichnet haben.

erwähnt wird, — immer unter der Voraussetzung, daß die mit ihm bekämpfte Immission den Impetranten hindere, qualiter velit, suo uti. In der That paßt auch dieser entscheidende Ausdruck auf denjenigen schlecht, der nur an der Ausübung einer servitus discontinua gehindert wird[63]). Geradezu falsch endlich ist es, wenn v. Jhering in l. 11 D. de vi 43, 16 als Beispiele der vis, welche derjenige begeht, qui non sinit possidentem eo, quod possidebat, uti arbitrio suo, nur negative Eingriffe erblickt. Die Worte: sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid inaedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit — lassen sich sprachlich gar nicht so verstehen, als ob das sive inserendo etc. zu uti arbitrio gehörte, m. a. W. als ob von einer Behinderung des Besitzers am Säen u. s. w. die Rede wäre; sie sagen vielmehr, es sei vis, wenn der Eindringling dadurch, daß er säe, grabe u. s. w., den Besitzer an beliebiger Benutzung des Grundstücks hindere[64]). M. a. W. l. 11 cit. beweiset, wenn man sie auf die vom Uti possidetis verbotene vis bezieht[65]), geradezu das Gegentheil der Behauptung v. Jherings. Es darf nicht geleugnet werden, daß auch positive Eingriffe in fremden Besitz dem Uti possidetis, oder vielmehr dem secundarium prohibitorium unterliegen können.

Ungeachtet unsers Widerspruchs gegen die Lehre des berühmten Rechtslehrers dürfen wir indessen eine wichtige Wahrheit in derselben nicht verkennen. Es ist nicht der Eingriff als solcher, welcher das Interdict be-

---

63) S. auch v. Vangerow, Lehrbuch Bd. 1 §. 355 S. 781 unter b.

64) Vgl. oben §. 1848 Ziffer 7 N. 52a S. 63f.

65) Was jedenfalls zulässig ist.

gründet; es kommt vielmehr alles auf die Wirkung dieses Eingriffs an: das secundarium prohibitorium verbietet nur diejenigen Eingriffe, welche die thatsächliche Verfügung des Impetranten beeinträchtigen oder gar ausschließen; nur in diesen liegt eine possessionis controversia, d. h. nicht sowohl eine Bestreitung des gegnerischen Besitzes, auch nicht eine Aneignung des Besitzes, als vielmehr eine Verletzung des gegnerischen Besitzes. Solcherart aber sind selbstverständlich alle diejenigen, welche v. Ihering negativ nennt, d. h. welche in einer unmittelbaren Verhinderung des Besitzers bestehen; sodann alle diejenigen, welche aus „Anstalten", d. h. aus dauernden Veränderungen auf dem Grundstücke des Impetranten hervorgehen. Nicht minder jedoch gehören auch „persönliche positive Eingriffe" hierher, aber freilich nur diejenigen, welche den Besitzer wenigstens mittelbar in der Verfügung über sein Grundstück behindern.

Ein widerrechtliches Gebahren dagegen, welches dem Besitzer die volle Freiheit der Verfügung über das Grundstück beläßt, wird durch das Uti possidetis nicht getroffen. Nächtliche Ruhestörung, verübt durch Reißen an der Hausthürschelle, Pochen an die Schalter, selbst durch Eindringen in das gewaltsam geöffnete Haus und drgl., kann also mit dem Interdicte nicht verfolgt werden[66]); ebenso

66) A. M. bekanntlich Thibaut, Arch. für die Civil. Prax. Bd. 18 S. 320f., S. 362. Auch gegen einen zudringlichen Menschen und Querulanten, der immer wieder kommt, obwohl ihm das Haus verboten, ist mit Bruns a. a. O. S. 78 die Besitzschutzklage für sinnlos zu halten.

Irrig hat das OTr. Berlin 1877 (Seufferts Arch. XXXIII Nr. 285) in dem unbefugten Eindringen in den Garten des Klägers mittels Uebersteigens über den Plankenzaun eine Besitzstörung gefunden; ebenso vom Standpuncte des gemeinen Rechtes der oberste Gerichtshof zu Wien 1883

wenig das gelegentliche Betreten unſers Grundſtücks, mag es nun geſchehen, weil der öffentliche Weg zeitweilig ungangbar iſt, oder um einen Schmetterling zu fangen, einen entflogenen Kanarienvogel zu verfolgen, einem Diebe nachzuſetzen, oder aus reinem Uebermuthe[66a]). Denn alles dergleichen beſchränkt uns in der thatſächlichen Verfügung über das Grundſtück durchaus nicht. Aus eben dieſem Grunde vermag ich eine dem Uti possidetis unterliegende Handlungsweiſe auch darin nicht zu erblicken, wenn jemand ſeinen Zaun ſo ſchlecht imſtande hält, daß ſeine Hühner und Gänſe durch die Zaunlöcher in Hof und Garten des Nachbarn zu laufen pflegen; oder wenn der Hirt es nicht verhindert, daß die ſeiner Obhut anvertrauten Thiere wiederholt auf fremden Aeckern unbefugt zur Weide gehen[67]).

Indeſſen können auch ſolche Eingriffe in unſern Beſitz, welche unſre Verfügungsfreiheit thatſächlich nicht ſchmälern, ſie dadurch beeinträchtigen, daß ſie Anſpruch auf Schutz in ihrer Wiederholung begründen. Allerdings vermögen wir durch einfaches außergerichtliches Verbot jede trotzdem erfolgende Ausübung zur violenta und damit ungeeignet zu machen, als Grundlage eines ſolchen Anſpruchs zu dienen. Allein ſo wenig die Zuläſſigkeit der Selbſthülfe gegen Eingriffe, die unmittelbar unſern Beſitz

---

(daſ. XXXIX Nr. 289) in dem Fahren einer Ladung Eis über die Wieſe der Klägerin; ſowie 1887 (daſ. XLIII Nr. 261) in dem Fällen von Bäumen in fremdem Walde.

66a) Eben deshalb iſt bei einem invito domino in domum introire das Uti possidetis unzuläſſig. L. 23 D. de iniur. 47, 10 (Paul. lib. 4. ad ed.): Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait. S. oben zu N. 60.

67) A. M. Bruns a. a. O. S. 71f.

stören, das Uti possidetis gegen dieselben ausschließt, so wenig darf die Möglichkeit, sich durch ein außergerichtliches Verbot gegen die Entstehung eines unsern Besitz beschränkenden Rechtsbesitzes zu sichern, die wirksamere Sicherung durch das Uti possidetis abschneiden. Und so läßt in der That eine verbreitete Praxis die Besitzklage gegen solche, an und für sich die Freiheit des Besitzes nicht beeinträchtigende, Handlungen zu, welche die Absicht des Handelnden darlegen, den Quasibesitz einer den Grundbesitzer beschränkenden Befugniß zu gewinnen[68]). Nach römischem Rechte konnte es sich in dieser Beziehung freilich nur um die Ausübung von Wege- und von Schöpfgerechtsamen handeln[69]). Es darf also nicht befremden, daß unsre Quellen hier von der Anwendung des Uti possidetis nicht reden, um so weniger, als der Schutz im Quasibesitze einer Wegegerechtigkeit fehlerfreie Ausübung an mindestens 30 Tagen des letzten Jahres voraussetzte, diese aber durch ein außergerichtliches Verbot leicht zu verhüten war. Heute dagegen würde außerdem[70]) nicht nur die Ausübung anderer Servituten in Frage kommen, z. B. von Weide-[71]), Beholzungs-, Laubgerechtsamen[71a]) und, soweit noch Jagdrecht auf fremden Grundstücken besteht, von Jagd-

68) Seufferts Archiv Bd. I Nr. 60 (OLG. Mannheim 1843)

69) Die Legung einer Wasserleitung und die Einleitung von Wasser in ein Grundstück sowie die Ableitung von Wasser aus einem solchen beeinträchtigen an sich die Verfügungsfreiheit des Besitzers, ohne alle Rücksicht auf Schutz des Gegners im Quasibesitze.

70) Die Ausübung von Fahrgerechtigkeiten betreffen Seufferts Archiv Bd. XXIII Nr. 136 (OAG. Berlin 1869) und Bd. XXV Nr. 6 (OAG. Darmstadt 1852 und 1855).

71) Seufferts Archiv Bd. V Nr. 172 (OAG. München 1845) Bd. XVI Nr. 222 (OAG. Jena 1862).

71a) Seufferts Archiv Bd. XIV Nr. 138 (OAG. Cassel 1849).

gerechtsamen u. s. w.; sondern auch die Ausübung von Legalservituten[72]) und von Befugnissen, die aus dem Gemeingebrauche für den Einzelnen entspringen[73]); ja selbst die Ausübung von Forderungsrechten, soweit für dieselben der Schutz der actio spolii stattfindet, wie bei Reallastgerechtigkeiten, aber auch bei rein persönlichen Ansprüchen auf ein dauerndes Verhältniß zu einem Grundstücke[74]).

Ganz unwesentlich ist es für den Begriff der edictswidrigen vis, ob die Einwirkung, welche die Verfügungsfreiheit des Impetranten beeinträchtigt, die unmittelbare Folge einer Handlung des Impetraten ist, oder eine erst mittelbare. Nur darauf kommt es an, daß die Handlung in nothwendigem Causalzusammenhange jene Einwirkung verursacht hat. Indessen läßt sich ein wichtiger Unterschied zwischen beiden Fällen nicht übersehen. Bei einer unmittelbaren Folge der Handlung ergiebt sich der erforderliche Causalzusammenhang ohne weiteres; steht dagegen eine nur mittelbare Folge in Frage, so kommt es darauf an, ob der Eintritt der Umstände, welche außer jener Handlung zu dem verursachten Erfolge nothwendig waren, dem gewöhnlichen Gange der Dinge entsprach oder nicht. Danach muß der Fortbestand einer vor Erlaß des interdictum primarium von dem Impetraten auf seinem Grundstücke gemachten Vorrichtung dann als vis adversus

72) Z. B. der Befugniß, ausschwärmende Bienen zu verfolgen. Seufferts Archiv Bd. VIII Nr. 49 (OAG. Cassel 1853).

73) Z. B. der angeblichen Befugniß, in einem Wirthshause sich auch gegen Verbot des Wirthes aufzuhalten Seufferts Archiv XIX Nr. 232 (OAG Jena 1866); der Benutzung eines angeblich öffentlichen Dorfweges das. XLVIII Nr. 169 (Oberstes LG. für Bayern 1892).

74) Seufferts Archiv Bd. XII Nr. 33 (OAG. Celle 1857), wo es sich um den Anspruch auf Verbleiben im Hause des Klägers handelte.

edictum facta gelten, wenn sich voraussehen ließ, es werde infolge jener Vorrichtung die Verfügungsfreiheit des Impetranten verletzt werden; nicht jedoch dann, wenn jene Vorrichtung nachtheilig erst geworden ist durch das Hinzutreten eines solchen Umstandes, der als außergewöhnlicher oder willkürlicher nicht zu erwarten war. Wer z. B. von seinem Dache eine Abflußrinne so herunterführt, daß durch sie bei jedem einigermaßen heftigen Regenguße eine große Wassermenge auf das Nachbargrundstück fließen muß, der ist deswegen zweifellos dem Uti possidetis ausgesetzt. Dagegen würde er zur Beseitigung jener Rinne nicht angehalten werden können, weil der Nachbar befürchtet, sein Grundstück, das selbst bei starkem Regenfalle ungefährdet bleibt, würde bei einem Wolkenbruche durch das in ihr herabstürzende Wasser überschwemmt werden. Ebenso wenig wird man mit dem Uti possidetis eine flachere Abböschung des Nachbargrundstücks wegen der Besorgniß verlangen dürfen, es könne über die bestehende steile Böschung einmal ein Wagen in unsere Gartenanlagen herabstürzen. Anders jedoch, wenn aus eben dieser Böschung Erdmassen und Steine infolge der unvermeidlichen Verwitterung auf unser Grundstück zu fallen drohen. Wegen dieser nothwendigen Wirkung der Böschungsanlage wird das Verhalten des Grundbesitzers, der sie gemacht hat, zur edictswidrigen vis, wenn er die Gefährlichkeit jener Anlage nicht beseitigt, sobald das secundarium prohibitorium gegen ihn ergangen ist[75]).

75) Damit dürfte widerlegt sein, was ein Erkenntniß des OAG. Lübeck v. J 1842 (Seufferts Archiv Bd. IX Nr. 34) sagt: „Es kann nicht als eine zur Anstellung eines interdictum Uti possidetis geeignete Besitzstörung betrachtet werden wenn von einer auf Grund und Boden des Eigenthümers befindlichen Anlage Bestandtheile derselben nicht unmittelbar durch menschliche Handlungen, sondern von selbst und vermöge der Naturgesetze, wenn gleich infolge einer fehlerhaften Beschaffen-

Eben hierher gehört auch der von Bruns[76]) angeführte Fall, in dem jemand an der Grenze seines Grundstücks große Massen losen Sandes angehäuft hatte, die der Wind nach und nach auf das Nachbargrundstück hinüber wehte; und der andre Fall, wo der auf einem Balkone gezogene Epheu nach und nach das Firmenschild des unten wohnenden Kaufmanns verdeckte[77]). Das Berliner Stadtgericht, welches die Klage abwies, weil „der Epheu weder heimlich noch gewaltsam gepflanzt sei", hat handgreiflich die Voraussetzungen des Uti possidetis primarium in seiner recuperatorischen Function verwechselt mit denjenigen des secundarium prohibitorium.

16. Das Uti possidetis in seiner edictsmäßigen Fassung kann mit Erfolg nur derjenige gebrauchen, der bei Erlaß des Interdicts das streitige Grundstück entweder wirklich besitzt oder nur deshalb nicht besitzt, weil der Gegner iniuste von ihm besitzt.

Was jedoch unter dem Besitzen, possidere, des Interdicts zu verstehen sei, ergiebt sich aus seinen Worten

---

heit der Anlage, auf das Grundstück des Nachbars herabfallen. Denn der Begriff einer vis, welche durch dieses Interdict untersagt ist, setzt, auch im weiteren Sinne, immer unmittelbare menschliche Handlungen voraus, und läßt sich nicht auf das bloße Herabfallen von Erde nach Naturgesetzen erstrecken." Sollte das OAG. wohl auch die actio legis Aquiliae utilis abgewiesen haben, wenn die infolge der mangelhaften Anlage „von selbst" aus der Böschung gefallenen Steine die Gartenanlagen des Nachbarn beschädigt hätten?

76) Besitzklagen S. 72.

77) Selbstverständlich ist in diesem Falle vorausgesetzt, daß der Impetrant zugleich der juristische Besitzer des Hauses sei. Ist umgekehrt der Epheuzüchter der Vermiether, so hilft dem Kaufmanne die Miethklage; sind beide Miether eines Dritten, so kann der Kaufmann sich nur an diesen halten.

weder unmittelbar, noch durch Beziehung auf einen schon vor der Aufstellung des Interdictes feststehenden Begriff des Besitzes. Vielmehr hat die römische Praxis gemäß ihren Anschauungen über das Bedürfniß nach dem Schutze des Interdictes dessen Anwendbarkeit rein casuistisch festgestellt; und so muß umgekehrt der Begriff des possidere nach der anerkannten Anwendbarkeit des Interdicts bestimmt werden.

Ausdrücklich abgesprochen wird unser Interdict allen rei servandae oder custodiae causa Immittirten.

L. 3 §. 8 h. t.:

Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto Uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident: idemque et in ceteris omnibus, qui custodiae causa missi sunt in possessionem, dicendum est.

Der für diese Personen unentbehrliche unmittelbare Schutz wurde auf anderm Wege vermittelt. Die Durchführung und Aufrechterhaltung der missio rei servandae causa sicherte anfangs vermuthlich der immittirende Magistrat durch die Zwangsmittel seines imperium, später eine besondere actio in factum; für die missiones legatorum servandorum, ventris, damni infecti nomine diente von altersher ein besondres prohibitorisches Interdict; außerdem wurde auch auf sie jene actio in factum angewandt[78]).

Nun läßt sich nicht verkennen, daß das thatsächliche Verhältniß, in welches die missio in den erwähnten Fällen den Immittirten zu ihren Gegenständen setzt, wesentlich gebundener ist, als das Verhältniß der Innehabung selbst dann, wenn es in fremdem Namen geübt wird. Denn kraft der missio tritt der Immittirte keineswegs

78) S. Thl. 3 dieser Serie des Commentars §. 1846 Ziffer 4 S. 193f.

in die Stelle des bisherigen Inhabers, vielmehr wird ihm, soweit es sich um ein Grundstück handelt, einstweilen lediglich die Befugniß gewährt, sich neben diesem darauf aufzuhalten[79]). Denkbar wäre es demnach recht wohl, daß dieselbe Rechtsordnung, welche dem Immittirten das Uti possidetis versagt, es demjenigen gewährt hätte, der die Innehabung eines Grundstücks im Namen eines Dritten ausübt, mindestens dann gewährt hätte, wenn diese Ausübung im eignen Interesse des Inhabers stattfindet.

Keinenfalls läßt sich aus den Worten: quia non possident, womit unsre l. 3 §. 8 begründet, weshalb dem Immittirten das Uti possidetis nicht zusteht, der Beweis dafür entnehmen, daß das Interdict auch dem Inhaber in fremdem Namen versagt werde. Da nämlich eben nur derjenige Inhaber possidet, der sich des interdictum retinendae possessionis bedienen kann, so würde die l. 3

79) L. 15 §. 20 D. de damno inf. 39, 2 (Ulp. lib. 53. ad ed.): Si quis autem in possessionem missus, nondum possidere iussus sit, an dominus decedere possessione debeat, videamus. et ait Labeo non decedere, sicuti nec cum creditores vel legatarii mittuntur: idque est verius. L. 3 §. 23 med. D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 54. ad ed.): — qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit etc. L. 10 §. 1 med eod. (Ulp. lib. 69. ad ed.): — denique rei servandae causa, legatorum. damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa etc. L. 12 D. quib. ex c. in poss. 42, 4 (Pompon. lib. 23. ad Quint. Mucium). L. 5 pr. D. ut in poss. legat. 36, 4 (Ulp. lib. 52. ad ed.): Is, cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.

§. 8 in ſolchem Sinne verſtanden darauf hinauslaufen, daß denjenigen das Interdict fehlt, denen es nicht zukommt. Das quia non possident iſt vielmehr auf die rei servandae und custodiae causa in possessionem missi zu beſchränken: dieſe haben das Interdict deshalb nicht, weil ihr Verhältniß zu den Gegenſtänden ihrer Immiſſion kein ſolches iſt, welches dieſes Interdictes bedarf.

Gleichwohl iſt es unbeſtreitbar, daß das Uti possidetis nicht bloß ſolchen Inhabern eines Grundſtücks fehlt, welche deſſen Innehabung lediglich im Dienſte eines Dritten für dieſen ausüben, ſondern auch ſolchen, welche ſie im eignen Intereſſe haben, jedoch entweder kraft eines dinglichen Nutzungsrechtes oder kraft eines obligatoriſchen Vertrages, wonach der juriſtiſche Beſitzer ihnen nur zur Gebrauchsüberlaſſung verpflichtet iſt, nicht zur Uebertragung des Grundſtücks in ihr Vermögen.

L. 9 D. de R. V. 6, 1:

Ulp. lib. 16. ad ed. Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, qua ex causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut *Pegasus*, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto Uti possidetis vel Utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

L. 3 §. 15 D. ad exhib. 10, 4:

Ulp. lib. 24. ad ed. Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civi-

liter, sed et eum, qui naturaliter incumbit possessioni. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet:

l. 4 eod.:

Pomponius lib. 6. ad Sab. nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest.

Es ist klar, daß in l. 9 cit. das quia hi omnes non possident, welches sich gleichmäßig auf den Depositar, den Commodatar, den Conductor wie auf den rei servandae oder custodiae causa Immittirten bezieht, nichts Anderes bedeutet, als: weil ihnen allen das interdictum retinendae possessionis fehlt. L. 3 §. 15 D. ad exh. 10, 4 aber bezeichnet im Zusammenhange mit l. 4 den Depositar, den Commodatar und den Conductor als jemanden, qui naturaliter incumbit possessioni, d. h. dessen thatsächliches Verhältniß zur Sache den Schutz des Interdictes nicht genießt[80]).

Eben deshalb heißt es von demjenigen, der sein thatsächliches Verhältniß zur Sache durch einen des Besitzschutzes entbehrenden Inhaber ausübt, gerade mit Rücksicht darauf, daß ihm die interdicta retinendae possessionis zustehen: possidet, während jener Inhaber in possessione est.

Gai. IV §. 153:

Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videamur etc.

---

80) S. oben §. 1848 Ziffer 5 N. 22 S. 30 ff.

Daß dem bloßen Besitzgehülfen, nach v. Jherings[81]) Bezeichnung: dem procuratorischen Detentor, wie dem Depositar, dem Mandatar, das Interdict nicht gewährt worden ist, begreift sich ohne weiteres: ein solcher hat ja an der ungestörten Fortdauer der Innehabung kein eignes Interesse. Wenn aber auch demjenigen selbstnützigen Detentor der Besitzschutz vorenthalten blieb, der die Innehabung zwar im eignem Interesse hat, jedoch auf Grund eines obligatorischen Vertrages, wonach ihm der juristische Besitzer nur zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist, nicht zur Uebertragung des Grundstücks in sein Vermögen, — also dem Pächter, dem Miether, dem Commodatar, so erklärt sich das gewiß zur Genüge aus dem Umstande, daß solche Inhaber auf Grund ihres contractlichen Anspruchs gegen den Besitzherrn von diesem die erforderliche Schutzvermittelung verlangen durften, während es umgekehrt zweckmäßig erschien, dem bisherigen Besitzherrn selbst den Besitzschutz zu lassen. Es ist schwerlich nöthig, dies mit v. Jhering auf die einigermaßen unsichere Vermuthung zurückzuführen, daß in Roms alter Zeit nicht nur der inquilinus, sondern auch die coloni nach Art der Hausunterthänigen thatsächlich nur Mitbesitz[82]) gehabt hätten[82a]). Zudem muß diese Erklärung

---

81) Der Besitzwille S. 3 f.

82) in possessione esse in v. Jherings Sinne. S. das. S. 109 f.

82a) Das. S. 115 ff. Für den inquilinus läßt sich dies allenfalls auf die Zustände der alten römischen Bauernwirthschaft stützen, bei welcher schwerlich ganze Häuser vermiethet worden sind, vielmehr der Miether, ein Mensch von untergeordneter wirthschaftlicher Bedeutung, nur als Mitbewohner in das Haus aufgenommen wurde, wie Paul. Diac. p. 107 Mueller inquilinus erklärt: qui eundem colit locum vel eiusdem loci cultor. Aber für die coloni beweiset Columella II, 7

darauf verzichten, es verständlich zu machen, daß auch die contractlich begründete selbstnützige Innehabung einer beweglichen Sache des unmittelbaren Besitzschutzes entbehrte. Sie führt vielmehr zu dem überaus unbefriedigenden Ergebnisse, daß der Detentionsbegriff auf bewegliche Sachen nicht wegen eines praktischen Bedürfnisses ausgedehnt worden sei, sondern seiner selbst wegen, infolge eines formalen Begriffszwanges[82b]).

Dagegen hat nach vielen Quellenzeugnissen der Faustpfandgläubiger den Besitz der Pfandsache mit allen seinen Wirkungen, ausgenommen allein die condicio usucapiendi, welche für den Pfandgeber fortbesteht, solange der Pfandgläubiger die Innehabung des Pfandes behält. Zwar wird m. W. nirgends ausdrücklich ausgesprochen, daß dem Faustpfandgläubiger wegen eines ihm verpfändeten Grundstücks das Uti possidetis zustehe; allein diese Zuständigkeit ist unter den reliquae omnes causae der possessio, welche abgesehen von der causa usucapionis dem Faustpfandgläubiger zukommen, selbstverständlich an erster Stelle miteinbegriffen. Uebrigens reden die Quellen davon, daß dem Faustpfandgläubiger die Besitzzeit des Pfandgebers zugerechnet werde[83]): dies aber kann nur von der accessio possessionis beim

---

(patris familias felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet et tanquam in paterna possessione natos iam inde in cunabulis longa familiaritate retineret) doch höchstens, daß der Großgrundbesitzer sein Gut (fundus) nicht im ganzen verpachtete, sondern seinen freien Taglöhnern, um sie dauernd an das Gut zu fesseln, einzelne Aecker desselben verpachtete, — nichts aber dafür, daß diese Pächter an den ihnen verpachteten Aeckern in der That nicht die ausschließliche Innehabung, sondern nur einen Mitbesitz gehabt hätten, der sich m. E. kaum veranschaulichen läßt.

82b) v. Jhering das. S. 123 ff

83) L. 16 i. f. D. de usurp. 41, 3 (s. unten den Text); l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

Utrubi verstanden werden; es ist damit also ausgesprochen, daß der Faustpfandgläubiger wegen eines beweglichen Faustpfandes das Utrubi habe. Demnach kann kein Bedenken dagegen obwalten, ihm wegen eines Grundstücks das Uti possidetis zu gewähren, — ja, dies wird zur Nothwendigkeit, weil sonst, da der Pfandgeber ad usucapionem tantum possidet, ein zu Faustpfand gegebenes Grundstück dem Besitzschutze ganz entzogen sein würde.

L. 16 D. de usurp. 41, 3:

Javolen. lib. 4. ex Plautio. Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius, qui pignori dedit[84]).

Was aber hat die Römer bewogen, den Faustpfandgläubiger als juristischen Besitzer zu behandeln? Es ist richtig, daß ihm die interdicta retinendae possessionis besonders nützlich waren, bevor es die actio Serviana vel quasi gab[85]); schwerlich jedoch sind sie ihm nach Aufstellung dieser Klagen lediglich infolge des Beharrungsvermögens verblieben. Vielmehr haben wir den Grund dafür, daß sie auch jetzt noch dem Pfandgläubiger zukommen, nicht dem Pfandgeber, mit v. Ihering[86]) im Zwecke des Pfandrechts zu suchen. Nur freilich nicht da, wo der genannte Gelehrte sie erblickt. Nach seiner Meinung nämlich könnte

84) Vgl. l. 33 §. 4 D. eod. — S. auch l. 15 §. 2 D qui satisd. 2, 8; l. 35 §. 1 D. de pign. act. 13, 7; — l. 40 pr. D. de a. p. 41, 2; l. 3 §. 15 D. ad exhib. 10, 4. Ferner l. 37 D. de pign. act. 13, 7; l. 1 §. 15. l. 36 D. de a. p. 41, 2; l. 29 D. de pign. act. 13, 7; l. 33 §. 5 D. de usurp. 41, 3.

85) v. Savigny, Recht des Besitzes §. 24 7 Aufl. S. 295 f.

86) Der Besitzwille S. 369 vbd. mit S. 199 f. und S. 207 f.

andernfalls der Pfandgeber dem Pfandgläubiger jederzeit die Sache eigenmächtig entziehen, der Pfandgläubiger aber, der sich zur Wehr setze, würde bestraft; damit wäre es also um die Sicherheit geschehen, welche das Pfand gewähren solle; und der Pfandgläubiger, dem doch zwecks Erlangung des Besitzes am Pfande die in rem actio zusteht, würde in seltsamem Widerspruche dazu kein Schutzmittel haben, den Besitz zu behalten. Nun wissen wir, daß nur ein böses Mißverständniß des Wesens der Besitzinterdicte ihnen gegenüber jede Berufung auf ein Recht zur Innehabung ausschließt. So wenig nach der richtigen Ansicht der locator mit dem interdictum retinendae possessionis die Innehabung der Sache während der Dauer der locatio conductio dem conductor willkürlich entziehen kann, so wenig würde der Pfandgeber das Faustpfand während der Dauer des Pfandrechtes dem Pfandgläubiger mit jenem Interdicte auch dann willkürlich zu entziehen vermögen, wenn dieser nicht selbst den Schutz jenes Rechtsbehelfes genösse: wie der conductor würde auch der Pfandgläubiger sich natürlich nicht auf das primarium duplex einlassen, wohl aber dem secundarium restitutorium die Berufung auf sein Pfandrecht als exceptio entgegenstellen.[87]). Es würde mithin der Gesetzgeber, der dem Pfandgläubiger zwar petitorischen Schutz gewähren wollte, nicht aber auch possessorischen, sich keineswegs in den Widerspruch verwickeln, den ihm v. Ihering vorwirft. Allein, wenn der Faustpfandgläubiger kraft seines Pfandrechtes zwecks Wiedererlangung des verlornen Besitzes gegen den dritten Besitzer nur die hypothecaria in rem actio hätte, so würde er stets zu dem Nachweise genöthigt sein, daß die Sache zur Zeit der Pfandbestellung in bonis des Pfandgebers gewesen sei, soweit ihm nicht etwa dieser

87) Vgl. oben Ziff. 12 unter 2a S. 448.

sein possessorisches Interdict cedirte. Zu solcher Cession hätte er freilich den Pfandgeber mittels der pigneraticia directa zwingen können, — aber doch nur solange, als dieser solvent war; er würde also die Besitzklage gerade in dem Falle haben entbehren müssen, für welche ihm das Pfand Sicherung gewähren sollte. Und damit würde dann allerdings der Zweck der Pfandgebung überall vereitelt gewesen sein, wo die hypothecaria in rem actio versagte[88]). Deshalb gewährte die römische Praxis dem Faustpfandgläubiger unmittelbar die Besitzklagen, die sie dafür dem Pfandgeber absprach.

Daß der Precarist sich regelmäßig des Uti possidetis nicht zwar gegen den precario dans bedienen kann, wohl aber gegen jeden Dritten, sagt ausdrücklich l. 17 D. de prec. 43, 26[89]). Eben deshalb heißt es in anderen Stellen: eum, qui precario habet, etiam possidere[90]); eum qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium[91]). Weshalb dem Precaristen regelmäßig die Besitzinterdicte gegeben wurden, haben wir bereits gesehen[92]): er hatte keinen Anspruch gegen den precario dans, kraft dessen dieser ihm den Schutz gegen die Angriffe Dritter auf die Sache oder deren Innehabung zu vermitteln verpflichtet war. Umgekehrt haben wir auch dargelegt, wie es sich erklärt, daß manchmal der Precarist des unmittelbaren Besitzschutzes entbehrt[93]).

---

88) Vor Einführung der Cession würde der Pfandgläubiger sogar dem solventen Pfandgeber gegenüber auf dessen Bereitwilligkeit verwiesen gewesen sein, die Besitzklage anzustellen.

89) S. oben S. 212.

90) L. 4 §. 1 eod. oben S. 212. Vgl. auch l. 2 §. 3 eod. S. 200.

91) L. 15 §. 4 eod. oben S. 212; vgl. auch die daselbst N. 9 citirten Stellen.

92) Oben §. 1849 Ziff. 10 unter 3) S. 333 f.

93) Das. S. 334 f. zu N. 11.

17. Bei beweglichen Sachen bietet die Sequestration sogar einen Fall, in welchem jemand, der das corpus lediglich in fremdem Interesse hat, gleichwohl als juristischer Besitzer gilt. Ob wir diesen Fall auch für Grundstücke anzunehmen haben, ist aus unseren Quellen nicht ersichtlich, da sie eine Sequestration von Grundstücken überhaupt nicht erwähnen[94]). Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage hängt nicht allein davon ab, ob wir ungeachtet des Schweigens der Quellen die Sequestration im Sinne des römischen Rechtes[95]) auch bei Grundstücken für zulässig halten[96]), sondern wesentlich zugleich davon, was wir als den Grund betrachten, aus welchem die Sequestration einer beweglichen Sache deren juristischen Besitz gab. Liegt nämlich dieser Grund im Wesen der Sequestration als solchem, so werden wir, wenn wir sie bei Grundstücken für zulässig erachten, ihr auch hier die Wirkung des juristischen Besitzes beilegen. Nehmen wir dagegen an, daß die Sequestration einer beweglichen Sache nur unter besonderen Voraussetzungen den juristischen

---

94) v. Nikonoff, die Lehre von der Sequestration nach römischem Recht. Berlin 1894, S 13.

95) D. h. der Vertrag, durch welchen zwei Personen, welche Rechtsansprüche wegen der nämlichen Sache erheben, die Innehabung dieser Sache einem Dritten mit der Auflage überlassen, sie demjenigen von beiden herauszugeben, der seinen Anspruch siegreich durchgeführt haben werde.

96) v. Nikonoff a. a. O. S. 13 f. meint, dies sei den Römern gemäß dem Zwecke und der Aufgabe des Sequestrationsvertrages selbst als unmöglich erschienen; die Aufgabe dieses Vertrages sei nämlich die Erleichterung und Beschleunigung des Executivverfahrens und die Garantie gewesen, daß der Sieger die Sache selbst und nicht quanti ea res erit, also nicht ihren Werth allein, erhalte. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb dieser Zweck nicht ebenso gut für Immobilien zugetroffen habe, als für Mobilien. Vgl. v. Nikonoff S. 27 f.

Beſitz gegeben habe, ſo wird es alsdann weiter darauf ankommen, ob jene Vorausſetzungen auch bei Grundſtücken ſtattfinden.

Den Beſitz des Sequeſters einer beweglichen Sache nun behandeln

l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3.

Florentin. lib. 7. instit.: Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio: nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

und

l. 39 D. de a. p. 41, 2.

Julian. lib. 2. ex Minicio: Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

v. Ihering[96a]) meint: Wäre der Sequeſter bloßer Detentor, ſo müßte er auf Verlangen des einen der beiden Streittheile, der bis dahin Beſitzer war, die Sache herausgeben; im Weigerungsfalle dürfte dieſer, wie jeder Beſitzherr gegen ſeinen Detentor, Gewalt gegen ihn gebrauchen. Daß damit jedoch der ganze Zweck der Sequeſtration vereitelt worden wäre, liege auf der Hand. Unabhängigkeit des Sequeſters von beiden Streittheilen ſei die unerläßliche Bedingung dafür, daß der Zweck der Sequeſtration erreicht werde. Der Sequeſter müſſe den Streittheilen ebenſo ſelbſtändig gegenüber ſtehen, wie der Pfandgläubiger dem Pfandſchuldner, das heiße: er müſſe den Beſitz haben. Nicht minder ſei dies im Intereſſe

96a) Beſitzwille S. 382 ff.

der Sicherung des Verhältnisses gegenüber dritten Personen geboten. Sollte etwa der frühere Besitzer das Utrubi anstellen, wenn die Sache in dritte Hände gelangt sei? Dann wäre die Sequestration illusorisch gemacht worden: das Interdict könne mithin nur dem Sequester gewährt werden. Von dieser Anschauung aus versteht v. Ihering die beiden angeführten Stellen. Daß l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3 mit dürren Worten dem Sequester den Besitz zuspreche, könne nicht Gegenstand des Zweifels sein. Rei depositae proprietas, heiße es hier, apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: der Uebergang des Besitzes solle demnach schlechthin erfolgen; einer Beschränkung gedenke der Jurist nicht. Eine solche dürfe auch nicht in der l. 39 D. de a. p. 41, 2 gefunden werden. Verstehe man freilich in dem Ausdrucke omittendae possessionis causa deponere unter possessio den juristischen Besitz, so würde dieser für den Fall der depositio custodiae causa dem Sequester abgesprochen. Allein possessio sei hier lediglich in ihrer Beziehung zur Usucapion gemeint, ähnlich wie l. 16 D. de usurp. 41, 3 vom Pfandschuldner sage: ad usucapionem possidet. Dies ergebe sich aus dem Schlusse, den l. 39 cit. an den von ihr aufgestellten Gegensatz reihe: ad usucapionem possessio eius partibus non procederet — ad usucapionem eam possessionem victori procedere. Denn daß der Jurist auch für den Fall der custodiae causa Besitz beim Sequester annehme, lehren die Worte: eam possessionem, womit er die „possessio eius“ in Bezug nehme, welche zweifellos auf Besitz zu beziehen sei.

v. Iherings Anschauung leidet hinsichtlich des Sequesters an dem nämlichen Irrthume, den wir an ihr hinsichtlich des Faustpfandgläubigers schon oben[96b]) dargelegt

96b) S. oben S. 493 ff.

haben: es ist eben falsch, daß der Detentor als solcher der Willkür des Besitzherrn preisgegeben sei. Vielmehr war er in der Lage, seine Detention gegenüber dem interdictum secundarium restitutorium mittels einer exceptio zu vertheidigen, welche sich auf sein Detentionsverhältniß stützte. Die Rückforderung aber der Detention vor der endgültigen Entscheidung des Streites zwischen den Deponenten würde dem Sequestrationsvertrage geradezu zuwidergelaufen sein. Es ist also durchaus nicht nothwendig, zur Sicherung gegen willkürliche Rückforderung der sequestrirten Sache dem Sequester juristischen Besitz zu gewähren. Noch weniger ist dies erforderlich zur Sicherung des Verhältnisses gegenüber Dritten. Eignes Interesse hat ja der Sequester an der Fortdauer dieses Verhältnisses schlechthin nicht. Verschuldet er es aber, daß die Sache in dritte Hände gelangt, so wird er dafür demjenigen Deponenten ersatzpflichtig, der seine Berechtigung an der Sache nachweiset; dieser hat ihm dann seine Rechtsbehelfe zu cediren. Verschuldet er es dagegen nicht, daß die ihm anvertraute Sache in dritte Hände gelangt, so ist das eben eine Vereitelung des Zwecks der Sequestration, wie der vom Sequester unverschuldete Untergang der Sache. Hier bleibt nichts Anderes übrig, als daß jeder einzelne Deponent, so gut er es vermag, mit den ihm etwa zuständigen Rechtsbehelfen die Sache an sich zu ziehen sucht: es ist durchaus kein sachliches Bedürfniß vorhanden, den Sequester zwecks Verfolgung der Sache mit dem interdictum retinendae possessionis auszurüsten.

Aus dem hiermit gewonnenen Gesichtspuncte sehen sich nun die beiden Quellenaussprüche über den Besitz des Sequesters sehr wesentlich anders an, als sie v. Ihering aufgefaßt hat. In der That konnte ein so geistvoller Mann nur infolge einer vorgefaßten Ansicht zu der Behauptung gelangen, daß l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3 mit

dürren Worten dem Sequester den Besitz vorbehaltslos zuspreche; sagt die Stelle doch ausdrücklich: tum demum sequester possidet, indem sie mit dem besondern Zwecke der Deposition seinen Besitz rechtfertigt[96c]) Wir lassen es zunächst völlig dahingestellt, worin jener Zweck selbst wieder seine Erklärung finde: einstweilen genügt es, festzustellen, daß auch nach l. 17 §. 1 cit. der Sequester keineswegs unter allen Umständen juristischer Besitzer ist. Wenn nun l. 39 D. de a. p. 41, 2 zwei verschiedene Zwecke der Hinterlegung bei einem Sequester unterscheidet, die omittendae possessionis causa und die custodiae causa, und die Einrechnung der Zeit, während welcher die Sache beim Sequester gewesen ist, in die Usucapions-

96c) Es bedarf keiner Ausführung darüber, daß die herausgehobenen Worte nicht mit Dernburg, Pandekten Bd. 1 §. 173 N. 5, übersetzt werden können: „denn nur dann besitzt der Depositar, wenn er Sequester ist." Hat doch Dernburg selbst gefühlt, daß dazu der Schlußsatz nicht paßt; ihn für verdorben zu halten liegt jedoch durchaus kein Grund vor, als der Mangel des richtigen Verständnisses. Nicht haltbarer ist die Uebersetzung von Jul. Voigt, vom Besitz des Sequester nach dem Römischen Recht zur Zeit der klassischen Jurisprudenz. Inaug.-Diss. Freiburg i. B. 1885 S. 64: „Denn dann freilich hat der Sequester den Besitz der Sache." Demum heißt eben nicht „freilich", — wie auch v. Nikonoff S. 66, es wiedergiebt. Die entgegengesetzte Ausführung Th. Muthers, Sequestration und Arrest im römischen Recht. Leipzig 1856 S. 228 ff., welcher beide eben genannten Schriftsteller S. 55 f. und bezw. S. 53 folgen, beweiset hierfür ganz und gar nichts. Der für sie angerufene Forcellini sagt ad v. demum: „Simul autem importat quandam affirmationem et veluti pluribus rebus consideratis certam ratamque conclusionem rei, quae affirmatur"; und Dirksen, Manuale ad h. v., erklärt demum mit „dumtaxat" und „scilicet": das aber ist doch etwas ganz Anderes, als Muthers eigenes „dann endlich", oder gar „dann freilich".

zeit des Siegers im ersten Falle ausschließt, im andern dagegen zuläßt, so erscheint es wenigstens von vornherein als das Natürlichste, im letztern Falle den Sequester als bloßen Detentor des Siegers aufzufassen.

Die eigentliche Schwierigkeit, welche bisher das befriedigende Verständniß dieser Stellen verhindert hat, liegt in der Erklärung des praktischen Zwecks der omittendae possessionis causa. Gelingt es uns, ihn zu veranschaulichen, so dürfen wir uns die Erörterung aller früheren Erklärungsversuche ersparen[96d])

Wir möchten nun folgende Erklärung geben

Bei dem Besitzstreite um eine bewegliche Sache konnte, wie wir alsbald sehen werden[96e]), aus der zeitlichen Voraussetzung für den Sieg mit dem Utrubi sich eine zwingende Veranlassung ergeben, die Streitsache einem Sequester zu dem Zwecke zu überlassen, daß dessen Besitzzeit weder der einen noch der andern Partei angerechnet werde[96ee]). Verzögerte sich nämlich der Erlaß des

---

96d) Wir verweisen hinsichtlich dieser Versuche auf die angeführten Arbeiten von Jul. Voigt, S. 35 ff. und v. Nikonoff, S. 43 ff. Erwähnt sei auch der an beiden Orten nicht angeführte Versuch von E. Fuchs, kritische Studien zum Pandektentexte. Leipzig 1867 S. 49 f., l. 17 §. 1 durch die Textveränderung verständlich zu machen: nam tum demum sequester possidet, si id (enim) agitur ea depositione etc., indem er annimmt, die Abbreviatur: poss*id* für possidet sei irrig in possideti d. aufgelöset, während aufzulösen war: possidet, *si id.* Eisele, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 11 roman. Abth. S. 18 f., sieht in l. 17 §. 1 cit. die Worte: nam tum — procedat als Interpolation an, die sich aus einer übel angebrachten Reminiscenz aus l. 39 cit. erkläre.

96e) S. unten §. 1851 Ziffer 3 zu N. 24.

96ee) In dieser Beziehung vermag ich der Ausführung Karlowas, römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 607 ff., nicht beizutreten, während ich im übrigen bis auf einen zweiten Punct (unten

Interdicts, so vermochte sich ohne solche Besitzentäußerung die Lage der iuste ab adversario besitzenden Partei zu Ungunsten des Gegners so sehr zu verbessern, daß dieser im Interdictenstreite auch dann hätte unterliegen müssen, wenn er bei unverzüglichem Erlaß des Interdicts gesiegt haben würde[96eee]) Infolge jener Besitzentäußerung seitens der Deponenten wurde dann selbstverständlich der Sequester juristischer Besitzer der Sache. Da nämlich die Deponenten den Besitz animo aufgegeben hatten, so würde die Sache des Besitzschutzes haben entbehren müssen, wenn man diesen nicht dem Sequester gewähren wollte. Aber eben nur in dem Falle der Besitzentäußerung seitens der Deponenten — nisi apud sequestrem deposita[96f]) est

---

N. 96ff.) ihm zustimme. Er meint nämlich S. 608 N. 2, wenn die Parteien bei einem Sequester deponirten, damit die Zeit der Sequestration keiner von ihnen für das bevorstehende Utrubi nütze, so habe es nichts ausmachen können, ob possessionis omittendae causa oder custodiae causa deponirt sei: auch im letztern Falle habe die Zeit der Sequestration keiner der Parteien gegen einander nützen können, denn der Sequester habe die Sache sowohl für die eine, als für die andre inne. Allein, wenn der bisherige juristische Besitzer ungeachtet der Sequestration juristischen Besitz behielt, so mußte, soviel ich sehe, die Zeit von Beginn der Sequestration bis zum Erlasse des Utrubi ihm in seine Besitzzeit in hoc anno eingerechnet werden. Die Nichtanrechnung dieser Zeit für eine beider Parteien des Utrubi ließ sich nur durch eine depositio apud sequestrem omittendae possessionis causa erreichen.

96eee) Die Möglichkeit solcher Verschiebung hat Bekker, die Aktionen des römischen Rechts Bd. 2 S. 72, richtig erkannt, indessen ihre Beziehung zu unsrer Frage, die Rudorff, Zusatz Nr. 87 zu v. Savigny, Recht des Besitzes S. 665f. scharfsinnig bemerkt hatte, auch später, das Recht des Besitzes S. 180, nicht verstanden.

96f) Daß deponere auch von der possessio gesagt werden könne, zeigt l. 34 pr. D. de a. p. 41, 2 (Ulp. lib. 7. disp.): ani-

(scil. possessio) — tum demum — hat der Sequester juristischen Besitz; er hat ihn aber deshalb, weil die Absicht der Deponenten bei dieser Hinterlegung dahin geht, daß die Zeit, während welcher die Sache in Händen des Sequesters sich befindet, in die Besitzzeit keiner Partei eingerechnet werde.

Wenn nun aber die Zeit, während welcher die omittendae possessionis causa deponirte Sache beim Sequester war, für das Utrubi keiner Partei in die Besitzzeit eingerechnet wurde, so mußte alsbald die Frage entstehen, ob derjenigen Partei, die mit dem Utrubi siegte, eben diese Zeit zwecks der Usucapion der Sache angerechnet werden dürfe, ob m. a. W. ihre vor der depositio possessionis etwa begonnene Usucapion unter Einrechnung dieser Zeit weiter laufe; oder ob dieselbe endgültig unterbrochen worden sei, und die mit Wiedererlangung des Besitzes infolge des Utrubi von neuem geschaffene condicio usucapiendi nur den Beginn einer ganz neuen Usucapion begründe.

---

mo deponere et mutare nos possessionem posse. Zur Aufbewahrung kann allerdings nur etwas Körperliches deponirt werden; dies beweiset aber nichts gegen die Ergänzung von possessio zu deposita, wie Fuchs a. a. O. meint: rei depositae deponitur apud sequestrem possessio. Der Ausdruck ist der Sachlage weit besser angemessen, als es etwa der Ausdruck „omittere" wäre: dieser bezeichnet ein Aufgeben schlechthin, ohne Vorbehalt; deponere dagegen bezeichnet nicht nur, daß das Aufgeben mit der Absicht des Wiedererlangens geschieht, sondern als deponere apud sequestrem zugleich, daß es geschieht, um dem Sequester den Besitz zu gewähren. — Die Beziehung des Wortes deposita zu possessio ist zuerst gemacht von Franz Duarenus, de sacrosanctae ecclesiae ministeriis et beneficiis lib. III cap. X (in der Ausgabe seiner Werke Lucae 1768 tom. IV. p. 250), bestätigt Comm. in Cod. lib. IV. tit. XXXIV et in Pand. lib. XVI. tit. III. cap. I. (das. vol. III. p. 505).

Diese Frage entscheidet l. 39 D. de a. p. 41, 2 dahin, daß zwar nach feststehender Praxis (constat) das Besitzverhältniß des Sequester (eam possessionem)[96f]) derjenigen Partei, welche aus dem die Sequestration veranlassenden Rechtsstreite als Sieger hervorgegangen sei (victori), dann in die Usucapionszeit eingerechnet werde, wenn die Sequestration custodiae causa vorgenommen sei; daß dagegen das Besitzverhältniß des Sequesters (possessio eius) keiner Partei für eine etwa mögliche Usucapion zugute kommen könne, wenn die Sequestration omittendae possessionis causa stattgefunden habe[96g]). Bei dieser Auffassung der l. 39 cit. hat es auch nichts Bedenkliches, daß im Falle der omittendae possessionis causa die possessio eius, nämlich des Sequesters, als juristischer Besitz verstanden werden muß, im Falle der custodiae causa aber die ea possessio nur die Detention des Sequesters bezeichnet[96h]). Julian untersucht ja gar nicht, ob und wann der Sequester juristischer Besitzer oder bloßer Detentor sei, — sondern ob und wann die Zeit seiner Innehabung der Sache dem bisherigen Besitzer in die Usucapionszeit eingerechnet werden könne. Wollte aber der Jurist hierbei das Innehabungsverhält-

96f) Auch insofern kann ich mit Karlowa a. a. O. S. 608 nicht einverstanden sein, als er eam possessionem von dem fortdauernden juristischen Besitze des Siegers versteht: possessio ea muß m. E. sprachlich hier auf das Besitzverhältniß des Sequesters bezogen werden, das vorher possessio eius genannt wird.

96g) Nach v. Jherings Auffassung würde Julians Entscheidung darauf hinauslaufen, daß ungeachtet der Sequestration die für einen der Deponenten begonnene Usucapion fortläuft, es sei denn die Hingabe der Sache an den Sequester in entgegengesetzter Absicht erfolgt. Völlig räthselhaft aber bleibt es, was zu einer solchen Absicht veranlassen könnte.

96h) Vgl. Bruns, das Recht des Besitzes S. 8. A. M. v. Jhering, Besitzwille S. 383.

niß des Sequesters, gleichviel, ob dasselbe juristischer Besitz oder bloße Detention ist, mit dem nämlichen kurzen Ausdrucke bezeichnen, so bot sich ihm dafür kaum ein andrer, als „possessio[96¹])“.

Von der geschilderten Veranlassung der omittendae possessionis causa kann selbstverständlich bei Grundstücken nicht die Rede sein: denn im Uti possidetis siegt stets derjenige, der bei Erlaß des Interdicts iuste ab adversario wirklich besitzt, oder so besitzen würde, wenn dieser nicht iniuste von ihm besäße.

Dagegen hat vielleicht eine andre Veranlassung zur Sequestration in bezeichneter Weise bei einem Eigenthumsstreite für bewegliche Sachen und für Grundstücke gleichmäßig bestanden. Bekanntlich wurde für den Vindicanten die Vollendung der gegnerischen usucapio nur dann unschädlich, wenn ihr die litis contestatio vorangegangen war. Diese aber erforderte nicht nur Mitwirkung des Gegners, sondern war für ein iudicium ordinarium, wie es die gesetzliche Form der rei vindicatio bildete, nur im rerum actus statthaft. Hiernach konnte es sich leicht ereignen, daß der Kläger, der während der vorbereitenden Verhandlungen in iure noch Eigenthümer der streitigen Sache gewesen, deren Eigenthum schon vor der Litiscontestation an den Gegner verloren hatte, weil dessen Ersitzung inzwischen vollendet war. Hatte der Kläger diese Entwickelung nicht zu vermeiden vermocht, so wurde ihm allerdings durch in integrum restitutio geholfen[97]) Aber

---

96¹) Daß der Ausdruck „possessio“ jedes Besitzverhältniß umfaßt, den juristischen Besitz, die Detention, und zwar sowohl die bloß procuratorische, wie die selbstnützige, und nicht minder das Verhältniß des Immittirten, ergiebt zur Genüge schon l. 9 D. de R. V. 6, 1. (s. oben S. 489).

Auf die Worte der l. 39 cit, „et hoc aperte fuerit approbatum“ werden wir unten §. 1851 Ziffer 3 eingehen.

97) L. 15 §. 3. l. 10 D. ex quib. c. mai. 4, 6.

es war dafür eben die Frage entscheidend, ob er jenen Rechtsverlust nicht hätte abwenden können. Und dies war in der That der Fall, soweit es ihm auf Grund von Senatusconsulten und Constitutionen ermöglicht worden war, extra ordinem zur Litiscontestation zu gelangen, d. h. ohne auf den rerum actus warten zu müssen[98]). Sollte nun nicht angesichts dieser Möglichkeit der Besitzer, dem es aus irgend einem Grunde unbequem war, zwecks der Litiscontestation sofort den Gegner vor den Magistrat zu begleiten, sich manchmal gern bereit gefunden haben, jenen gegen die Gefahr des Ablaufs der Usucapionsfrist dadurch zu sichern, daß er gemeinsam mit ihm den juristischen Besitz des streitigen Grundstücks einem Dritten mit der Vereinbarung überließ, es solle ihm die Besitzzeit dieses Dritten gegenüber dem Kläger in die Usucapionszeit nicht eingerechnet werden[99]), der Dritte aber demnächst den Besitz dem Sieger im künftigen Vindicationsprocesse herausgeben? Trifft diese Vermuthung zu, so ist es zugleich verständlich, weshalb jede Erwähnung der Sequestration eines Grundstücks verschwunden ist, seitdem schon die jederzeit statthafte einseitige Klagerhebung die Ersitzung unterbricht[99a]).

98) L. 2 pr. D. ex quib. c. mai. 4, 6 (Callistrat. lib. 2. ed. monitorii): Hoc edictum, quod [quoad M.] ad eos pertinet, qui ei continentur, minus in usu frequentatur: huiusmodi enim personis extra ordinem ius dicitur ex senatus consultis et principalibus constitutionibus. Vgl. auch l. 16 i. f. D. de off. praes. 1, 18. Dazu O. E. Hartmann, über die römische Gerichtsverfassung §. 37 unter 7 S. 425 ff.

99) Also entgegengesetzt wie mit der Besitzzeit des Faustpfandgläubigers und des Precaristen. — Diese Sachlage hat Jul. Voigt a. a. O. nicht in Betracht gezogen. v. Nikonoff aber S. 65 f. macht nicht ersichtlich, was den Besitzer bestimmen könne, sich auf die Sequestration einzulassen.

99a) Arg. l. 2 Cod. de ann. exc. 7, 40. S. dazu Windscheid, Lehrbuch Bd. 1 §. 180 N. 7

18. Juristischer Besitzer ist nach verbreiteter Ansicht auch der römische Erbpächter, also der Beständer eines ager vectigalis oder einer Emphyteuse. Wir haben bereits an früherer Stelle[100]) ausgeführt, daß diese Ansicht nicht nur jeder Quellengrundlage entbehrt, sondern auch in dem vermeintlichen Bedürfnisse des Erbpächters keine Unterstützung findet. Auf den Erbpächter eines öffentlichen Grundstücks, also eines Staats-, Schatull- und Gemeinde-Grundstücks, ohne Zweifel auch eines Kirchengrundstücks, fand nämlich das petitorische interdictum de loco publico fruendo Anwendung, das, je nach der Sachlage als adipiscendae, recuperandae und retinendae possessionis wirkend, die Summe der sachlichen Functionen des Uti possidetis und des Unde vi vereinigte, ja über sie weit hinausging. Nur für die Erbpacht von Privatgrundstücken fehlte ein entsprechender Rechtsbehelf; allein die Zeit, in welcher die Erbpacht möglicherweise auf Privatgrundstücke erstreckt wurde, d. h. die Zeit vom Ende des fünften Jahrhunderts an[1]), war nicht danach angethan, jedes neu entstehende Bedürfniß nach weiterer Rechtsentwickelung zu befriedigen. Uebrigens würde es immerhin genügt haben, daß der Privaterbpächter vom Grundherrn die Vermittelung des etwa erforderlichen Besitzschutzes verlangen durfte[1a]).

Wesentlich anders gestaltet ist das Verhältniß des Superficiars.

Bekanntlich schreiben diesem Manche den juristischen Besitz des Superficiargrundstücks zu, so neuerdings Dern-

100) Thl. 4 dieser Serie des Commentars Buch 43 Tit. 9.

1) Vgl. v. Ihering a. a. O. S. 370 f.

1a) Obwohl dem römischen Erbpächter der eigne Besitzschutz fehlte, konnte er gegenüber dem Uti possidetis secundarium restitutorium sich ohne Zweifel auf seine iuris quasi-possessio berufen.

burg[2]) schlechthin, v. Ihering[3]) wenigstens für den Fall, daß das Superficiarverhältniß das ganze Gebäude betrifft.

Dernburg stützt sich auf l. 1 §. 5 D. de vi 43, 16, wonach dem Superficiar das Unde vi zukomme, das doch nur dem juristischen Besitzer gegeben werde. Wir haben aber bereits gesehen[4]), daß diese Stelle von einem Unde vi utile verstanden werden muß, wie ein solches für den Nießbraucher und den Usuar ausdrücklich bezeugt wird[5]). v. Ihering legt Werth auf die Uebereinstimmung des Verhältnisses mit dem bei dem ager vectigalis und der Emphyteuse[6]). Dieser Beweisgrund fällt hin, wenn es richtig ist, daß der römische Erbpächter als Sachbesitzer nicht galt.

Anderseits steht es fest, daß für den Superficiar ein besonderes interdictum de superficiebus nach dem Vorbilde des Uti possidetis aufgestellt war[7]); und es liegt gewiß am nächsten, in diesem Interdicte den allgemeinen Rechtsbehelf eines jeden Superficiars zu erblicken, der ihm sowohl gegen einen andern Prätendenten der nämlichen Superficies schützt, als gegen die thatsächliche Entziehung oder Schmälerung des Genusses der Superficies, und somit das Uti possidetis für ihn völlig überflüssig macht. Wer dem Superficiar den letztern Rechtsbehelf gewährt, muß für den erstern einen geeigneten Zweck suchen.

Nach Dernburg[8]) liegt dieser Zweck in der Entscheidung darüber, welcher von mehreren Prätendenten

2) Pandekten Bd. 1 §. 173 Anm. 3 a. E. §. 259 unter II. 3. 4. Aufl. S. 645.
3) A. a. O. S. 385 ff.
4) Oben §. 1848 Ziffer 3 S. 12 ff.
5) L. 3 §§. 13 sqq. D. de vi 43, 16.
6) A. a. O. S. 387.
7) L. 1 pr. §. 2 D. de superfic. 43, 18.
8) Pand. Bd. 1 §. 258 nach N. 3.

der wahre Superficiar sei: dies könne bei Erbpachtverhältnissen sehr leicht zweifelhaft werden, weil solche oft in ferner Vorzeit begründet seien. Hierbei jedoch würde es sich, soviel ich sehe, stets darum handeln, welcher Prätendent der wahre Erbe des letzten Superficiars sei; und dies zu entscheiden ist die hereditatis petitio das geeignete Mittel. Ein Streit zweier Prätendenten um den bloßen Besitz der nämlichen Superficies wird vollends kaum vorkommen. Sollte er gleichwohl vorkommen, so würde zu seinem Austrage gerade unter der Voraussetzung das Uti possidetis dienen, daß wirklich, wie Dernburg meint, das Superficiarverhältniß eine anerkannte causa des juristischen Besitzes bildete. Unter allen Umständen endlich erscheint es unbegreiflich, weshalb der Prätor lediglich zur Entscheidung des Streites, welcher von zwei Prätendenten derselben Superficies der berechtigte sei, das Vorbild des Uti possidetis befolgt, und zwar so genau befolgt habe, daß omnia, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servantur[9]). Zweckte das Interdict nicht von vornherein auf Schutz gegen Störung im Genusse der Superficies ab, wozu dann namentlich die interdicta secundaria, die doch auch zu den omnia des Uti possidetis gehören? Hätten aber immerhin die interdicta secundaria nur deshalb stattgefunden, damit der zwecks Entscheidung des Streites um das Superficiarrecht als duplex gegebene Rechtsbehelf auch für den unverhofften Fall zum Austrage gelangen könne, wenn etwa eine Partei das zur Durchführung des doppelseitigen Verfahrens Erforderliche unterlassen sollte, — so würde sich damit ohne weiteres herausgestellt haben, daß dieser Rechtsbehelf über jene erste Frage hinaus zugleich zum Schutze im Genusse der Superficies überhaupt zu dienen geeignet sei und insoweit das Uti possidetis völlig ersetze.

9) L. 1 §. 2 i. f. D. de superf. 43, 18.

Nach v. Ihering[10]) ist das interdictum de superficiebus bestimmt, die Superficies an einem bloßen Gebäudetheile zu schützen, da deren Inhaber gemäß dem Satze: superficies cedit solo nicht juristischer Besitzer der Bodenfläche sein kann, Besitzschutz mithin nur als iuris quasi-possessor zu genießen vermag.

Nun ist es gewiß richtig, daß das interdictum de superficiebus auch für die Superficies an einem bloßen Gebäudetheile dient. Macht doch gerade diese Anwendung es erst verständlich, daß jenes Interdict als duplex aufgestellt worden ist. Kommt es nämlich, wie erwähnt, kaum vor, daß der Genuß derselben Superficies zwischen zwei Prätendenten streitig ist, so erscheint für solchen Streit die Duplicität völlig überflüssig. War es dagegen, wie wir annehmen, in Rom nicht ungewöhnlich, die einzelnen Stockwerke des nämlichen Gebäudes verschiedenen Personen zu Superficiarrecht zu verleihen, so war es oft nahezu unvermeidlich, gewisse Gebäudetheile, wie Hausthür, Hausgänge, Treppen, der Benutzung sämmtlicher Superficiare zu überweisen. Hinsichtlich dieser gemeinsamen Benutzung aber entstehen leicht Streitigkeiten, indem ein Theilnehmer eine gewisse Benutzung der im ganzen gemeinsam benutzten Gebäudetheile ausschließlich beansprucht: und hier empfahl sich in der That ein iudicium duplex, welches nach dem Vorbilde des Uti possidetis in jedem Einzelfalle in ein secundarium simplex auslaufen und so zugleich Schutz gegen eine Störung gewähren konnte, die sich nicht auf einen entsprechenden Anspruch stützte[11]).

---

10) A. a. O. S. 389.

11) Vielleicht liegt ein Hinweis auf die geschilderte principale Bestimmung unsers Interdictes zur Schlichtung von Streitigkeiten unter mehreren Superficiarverhältnissen an demselben Hause in der, ohne Zweifel ursprünglichen, Rubrik des Edictes:

Jedenfalls ſteht beim Vorhandenſein einer Superficies an einem einzelnen Stockwerke das Uti possidetis nicht dem Superficiar zu, ſondern dem dominus soli.

L. 3 §. 7 h. t.:

Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto Uti possidetis me uti posse ***Labeo*** ait, non eum, qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait ***Labeo*** videri non ab eo aedes possideri, qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cuius, aedes supra κρύπτας essent. verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur. dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita ***Pomponius*** quoque probat.

Im Eingange der Stelle ſpricht Ulpian unter Berufung auf Labeo und mit Begründung durch den Satz: superficiem solo cedere — das Uti possidetis demjenigen ab, der nur ein cenaculum, d. h. das Obergeſchoß eines Hauſes[12]), quasi dominus bewohnt, gewährt jenes Interdict dagegen dem Beſitzer des übrigen Hauſes. In dem umgekehrten Falle ſodann, wo jemand die Krypten, d. h. die Kellerwohnung, das Souterrain, innehat, der andre das übrige Haus, ſpricht Ulpian, abermals unter Berufung auf Labeo, das Interdict dem Beſitzer des

---

de superficiebus. S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1836 b Ziffer 49 S. 281.

12) Festus s. v. cenacula: Cenacula dicuntur, ad quae scalis ascenditur. Varro de L. L. V, 162: Ubi cenabant, cenaculum vocitabant etc. Posteaquam in superiore parte cenitare coeperunt, superioris domus universa cenacula dicta.

übrigen Hauses zu, jedoch mit der genauern Bestimmung der thatsächlichen Voraussetzung dahin, daß dieser übrige Theil des Hauses einen Eingang ex publico, von der Straße her, habe, m. a. W. nicht bloß durch die Krypten.

So verständlich übrigens diese Erörterung an sich erscheint, so anstößig ist in ihr der Satz: plane si cenaculum ex publico aditum habeat. Für die Frage, unter welcher Voraussetzung der Inhaber des Hauses über den Krypten juristischer Besitzer des Hauses sei, ist es doch völlig gleichgültig, ob das Obergeschoß des Hauses, welches ja nur einen unwesentlichen Theil des Hauses bildet, einen Zugang von der Straße her hat oder nicht: nur darauf kommt es nach Ulpians Bemerkung an, daß das Haus selbst einen solchen Zugang habe. Man kann also der Stelle, wie die Florentina sie überliefert, nur dadurch einen verständigen Sinn abgewinnen, daß man entweder mit v. Savigny[13]) unter cenaculum „die eigentliche Hauptwohnung" versteht, m. a. W. die aedes supra κρύπτας; oder indem man mit Rudorff[14]) die κρύπται als das „Erdgeschoß" auffaßt. Die erste Auslegung widerstreitet jedoch der unzweifelhaften Bedeutung von cenaculum, die andre derjenigen von κρύπται[15]); und auch hiervon ab-

13) Recht des Besitzes §. 23 7. Aufl. S. 291. Unbedingt tritt dieser Auffassung bei Adolf Schmidt, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 11 roman. Abth. S. 140f. N. 1.

14) Zusatz zu v. Savignys Recht des Besitzes 7. Aufl. Nr. 85 S. 657. — Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 233ff., hält diese Auffassung für ebenso zulässig als diejenige v. Savignys.

15) Auch Sueton. Caligula 58 beweiset nicht, wie Rudorff meint, daß unter crypta etwas Anderes als ein dem Sonnenlichte mehr oder minder entzogener Raum verstanden werden könne. Es heißt hier von Caligula: — cunctatus an ad prandium surgeret — tandem suadentibus amicis egressus est. Cum in crypta, per quam transeundum erat etc. Wir brauchen nicht einmal mit Pflüger, Besitzklagen

gesehen macht keine von beiden die Stelle erträglich. Dies ergiebt sich ohne weiteres, wenn wir statt des anstößigen cenaculum das nach jenen Auslegungen zutreffende aedes supra κρύπτας einsetzen. Denn hatte Labeo in der That gesagt, der Inhaber der aedes supra κρύπτας sei der juristische Besitzer des Hauses, vorausgesetzt, daß dieses einen Eingang von der Straße her habe, so würde es selbst der nachlässigsten Ausdrucksweise Ulpians nicht zuzutrauen sein, daß er diese Aeußerung mit den Worten bestätigt haben sollte: verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: nur von einem solchen hatte ja Labeo gesprochen. Es ist hiernach unerläßlich, jenen Satz: plane si cenaculum ex publico aditum habuit — aus dem Zusammenhange des Folgenden zu lösen. Hat demnach Labeo ganz allgemein gesagt, als juristischer Besitzer des Hauses sei nicht der Besitzer der Krypten anzusehen, sondern der Besitzer des Baus über den Krypten, so ist es völlig gerechtfertigt, daß Ulpian dies nur unter der Voraussetzung als richtig anerkennt, wenn jener Oberbau einen Eingang von der Straße hat.

Pflüger[16]) will nun die unbequemen Worte: plane si cenaculum ex publico aditum habeat — durch einfache Veränderung der Interpunction zum vorhergehenden Satze ziehen, indem er so abtheilt:

Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto Uti possi-

S. 208, uns auf bloße Vermuthungen über den Bauplan des Palastes einzulassen, in dessen Krypta Caligula ermordet worden ist: wie Herr Prof. Wissowa mir mittheilt, haben die Ausgrabungen am Palatinus gezeigt, daß der Palast des Tiberius mit dem Palaste des Augustus in der That durch einen unterirdischen Zwischenbau verbunden war; eben dort hat jener Mord stattgefunden. S. über diesen crypto-porticus C. L. Visconti e R. Lanciani, guida del Palatino (Roma 1873) p. 114—118.

16) A. a. O. S. 208 ff.

detis me uti posse *Labeo* ait, non eum, qui in cenaculo moretur. semper enim superficiem solo cedere: plane si cenaculum ex publico aditum habeat.

Ait *Labeo* videri etc.

Freilich würden wir uns mit Pflüger über die sprachlichen Bedenken hinwegsetzen können, welche einerseits in dem hiermit dem plane gegebenen Sinne liegen, und anderseits in der ungewöhnlichen Wortfolge: Ait Labeo statt der allein üblichen Labeo ait[17]). Außerstande sind wir jedoch, jenen mit plane eingeleiteten Satz in dem ihm von Pflüger zugewiesenen Zusammenhange als berechtigt anzuerkennen. Zwar das wollen wir nicht betonen, daß sprachlich das plane nur dann als nähere Bestimmung der Entscheidung über die Zuständigkeit des Uti possidetis gelten kann, wenn man den ihm unmittelbar vorangehenden Satz: semper enim superficiem solo cedere, auf den es füglich zu beziehen wäre, gewissermaßen als Parenthese ansieht und somit das plane unmittelbar an die diesem Satze vorhergehenden Worte knüpft. Um so entschiedener dagegen müssen wir aus sachlichem Grunde bestreiten, daß die in dem plane gegebene nähere Bestimmung mit Pflüger auf die Frage nach der Zuständigkeit des Uti possidetis bezogen werden dürfe. Kraft solcher Beziehung nämlich würde Ulpian für den Fall, wo dem cenaculum der Zugang von der Straße fehlt, das Uti possidetis entweder dem Besitzer des übrigen Hauses ab- und dem Inhaber des cenaculum zusprechen, oder es beiden gewähren. Die Unzulässigkeit der ersten Entscheidung bedarf keines Wortes. Aber nicht weniger unhaltbar ist die zweite Ent-

17) Plane kann in der That nicht nur einen Gegensatz einleiten, sondern auch das vorher Gesagte genauer bestimmen, wie z. B. in l. 134 D. de V. S. 50, 16. Daß ait seinem Subjecte vorangestellt werden kann, erhellt schon aus dem bekannten Ait praetor.

scheidung, welche Pflüger[18]) gutheißt, indem er beiden Bewohnern als Mitbesitzern das Uti possidetis wegen ihrer Antheile beilegt. Allerdings findet nach der von ihm angeführten l. 1 §. 7 h. t. das Uti possidetis auch für den Theilbesitzer eines Grundstücks statt, und zwar sowohl hinsichtlich eines reellen als eines ideellen Theiles. Selbstverständlich aber muß in jedem Falle der Theil genau bestimmt sein: und gerade diese unerläßliche Voraussetzung trifft bei dem vorausgesetzten Thatbestande nicht zu, bei welchem jeder der Betheiligten ein bestimmtes Stück des Hauses ausschließlich bewohnt, ein anderes gemeinsam mit dem andern benutzt. Daß keiner von ihnen einen körperlichen Theil dieses gemeinsam benutzten Stückes ausschließlich besitzt, versteht sich von selbst; hinsichtlich dieses Stückes wäre also Mitbesitz nur zu ideellen Antheilen denkbar. Aber ein Besitz pro diviso ist auch an dem nebensächlichen Theile des Gebäudes, dem cenaculum (und nicht minder an den Krypten), ebenso undenkbar, wie an dem Haupttheile des Gebäudes: auch für den Besitz als solchen spricht gerade unsre l. 3 §. 7 den Satz aus: semper superficiem solo cedere. Somit würde die gemeinschaftliche Benützung der Hausthür einen Mitbesitz nur zu ideellen Theilen begründen können. Wie aber sollten diese bemessen werden?! Incertam partem rei autem nemo possidere potest.[19]). Also hat keiner von beiden seines Antheils wegen das Uti possidetis, weder gegen einen Dritten noch gegen einander. Es bliebe ja nun noch denkbar, daß Ulpian beiden gemeinschaftlich das Interdict gegen einen Dritten gewährte, wobei es nicht nothwendig wäre, daß jeder einen bestimmten Antheil für sich beanspruchte, wenn sie nur darin einverstanden sind, das Haus für sich zu-

18) A. a. O. S. 209.

19) L. 3 §. 2 l. 26 D. de a. p. 41, 2. l. 32 §. 2 D. de usurp. 41, 3.

sammen besitzen zu wollen[20]). Indessen ist es nicht erforderlich, hier auf die Möglichkeit eines Mitbesitzes pro partibus indivisis incertis einzugehen[21]). Denn der Ausspruch Ulpians: verum est hoc [sc. videri ab eo aedes possideri, cuius aedes supra κρύπτας essent] in eo, qui aditum ex publico habuit — schließt mit logischer Nothwendigkeit den entgegengesetzten Satz ein: wer den Eingang nur durch die Krypten hat, gilt überhaupt nicht als Besitzer des Hauses, nicht einmal als Mitbesitzer; Besitzer des Hauses ist in diesem Falle vielmehr ausschließlich der Inhaber der Krypten[22]).

Fraglich bleibt nur, ob hier der Inhaber des Oberbaus Superficiar sein könne[23]). So gewiß es jedoch für uns ist, daß die Römer ein Superficiarrecht an einzelnen Stockwerken zugelassen haben, so ungern möchten wir ihrem praktischen Sinne die Bejahung dieser Frage zutrauen. Die persönliche Servitut des Wohnrechtes kommt allerdings an Stockwerken vor, ohne daß jener Voraussetzung Erwähnung geschieht[24]). Aber dieses Recht erlischt spätestens mit dem Tode des Berechtigten; nur eben die Gewißheit seiner Beendigung in längstens einem Menschenalter macht die große Belästigung einigermaßen erträglich, die es für den Besitzer des Hauses mit sich bringt. Eine Superficies dagegen, ein vererbliches und beliebig veräußerliches, zeitlich unbeschränktes Recht, würde oft geradezu unerträglich sein, wenn es dem Berechtigten die Mitbenutzung des Hauseinganges, des Hausflurs, der

20) Vgl. Windscheid, Lehrb. Bd. 1 §. 252 N. 12.
21) S. darüber unten Ziffer 20 nach N. 85.
22) So auch Ad. Schmidt, Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 11 S. 141 N. 1.
23) Daß er es nicht stets sein müsse, versteht sich von selbst. Schmidt a. a. O.
24) L. 27. l. 32 D. de donat. 39, 5.

Treppe gewährte. Es ist deshalb überaus wahrscheinlich, daß die Römer das Recht der Superficies an einem Gebäudetheile nur dann anerkannten, wenn dieser Gebäudetheil eine besondere Zukömmlichkeit von der öffentlichen Straße her hatte[25]). Vielleicht enthalten die bedenklichen Worte: plane si cenaculum ex publico aditum habeat — eine Spur jenes Satzes. Ihn zu erwähnen hatten freilich Labeo und Ulpian keinerlei Anlaß: was sie vortragen, gilt sowohl dann, wenn an dem cenaculum ein Superficiarverhältniß besteht, als wenn ein solches nicht besteht. Wohl aber konnte ein späterer Jurist es angemessen finden, in einer Randbemerkung darauf hinzuweisen, daß ein solches Recht eine besondre Zukömmlichkeit zum cenaculum voraussetze; und ein Abschreiber hat

25) Auf den ersten Blick möchte dies im Widerspruche zu stehen scheinen mit der oben S. 510 vorgetragenen Ansicht, wonach nicht selten mehrere Stockwerke desselben Hauses verschiedenen Personen in der Weise zu Superficiarrechte zustanden, daß einzelne Gebäudetheile der gemeinsamen Benützung sämmtlicher Superficiare unterlagen. Indessen ist nicht zu übersehen, daß das Superficiarrecht im Gegensatze zum Eigenthume unter allen Umständen ein inhaltlich beschränktes Recht ist, bei dessen Begründung der Erwerber auch die geschilderte Belästigung sich gefallen lassen mag, wenn ihm im übrigen an dem Erwerbe liegt, während der Grundherr besorgen müßte, durch die Belastung mit einer derartigen Unbequemlichkeit sein Haus dauernd unverhältnißmäßig zu entwerthen.

Schmidt a. a. O. S. 141 will die Annahme der Superficies an einem Stockwerke mit der Bemerkung zurückweisen, wer ein Stockwerk auf das fremde Haus setze, sei nicht Bodenmiether. Trifft dies jedoch, wie mir scheint, nicht zu in dem Falle, wo der Vertrag über dieses Aufsetzen geschlossen wird, bevor der Unterbau begonnen ist, so ist wohl auch die weitere Annahme erlaubt, daß die Römer es nicht minder als Bodenmiethe angesehen haben, wenn jener Vertrag erst nach Aufführung des Unterbaus erfolgte.

dann, vielleicht verleitet durch die Worte Ulpians: qui aditum ex publico habuit, diese Randbemerkung ungeschickt genug in den Text eingeschoben. Dabei ist zugleich der Anfang des folgenden Satzes verderbt; dieser könnte ursprünglich etwa gelautet haben: Quod ait Labeo etc., sodaß sich daran Ulpians genauere Bestimmung: verum est hoc in eo etc. einfach als Hauptsatz anschließt. Möglicherweise ist auch jener bedenkliche Satz: plane si cenaculum ex publico aditum habeat — nichts weiter als ein das falsch verstandene qui aditum ex publico habuit wiederholendes Glossem, das demnächst dem Texte einverleibt worden. Wie dem jedoch auch sei: es ist m. E. unbedingt nothwendig, die Aeußerung über den Zugang zum cenaculum zu streichen.

Erkennen wie aber an, daß das interdictum de superficiebus die Superficies an einem einzelnen Stockwerke schützte, so verstehen wir vollends nicht, weshalb das nämliche Interdict nicht zum Schutze jeder Superficies gedient haben sollte, auch derjenigen an einem ganzen Gebäude. In der That enthält der Pandektentitel 43, 18 von einer derartigen Beschränkung keine Spur; und die eben besprochene l. 3 §. 7 h. t. bezeugt u. E. das gerade Gegentheil.

In ihrem weitern Fortgange lautet diese Stelle nach der Florentina so:

ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur.

Sprachlich ließe sich diese Fassung freilich erklären, nämlich indem man superficiarii als Genetiv nimmt, also übersetzt: er wird sich des eigenthümlichen Interdicts des superficiarius bedienen[26]). Und noch leichter ergiebt

26) Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 227. Mommsen ad h. l. hält diese Auffassung immerhin für erträglich.

sich der gleiche Sinn, wenn man mit Mommsen lieset: superficiariis (sc. proprio superficiariis interdicto). Allein es läßt sich nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle zu dem utetur kein sachlich geeignetes Subject finden. Denn selbstverständlich kann dies weder derjenige sein, den ihr Eingang als Besitzer des Hauses unter dem cenaculum bezeichnet, noch der im Folgenden genannte Besitzer des Hauses über den Krypten: diesen beiden wird vielmehr das Uti possidetis directum zugesprochen; nach dem Schlusse der Stelle aber gebraucht der dominus soli — und das ist ja jeder von ihnen —, das Uti possidetis erfolgreich auch gegen den Superficiar, der die lex locationis überschreitet. Aber auch der als quasi dominus das cenaculum Bewohnende und der Inhaber der Krypten unter dem mit besonderm Eingange versehenen Hause können so wenig sprachlich, als sachlich für das Subject des utetur gelten. Sprachlich nicht, weil beide, vollends der Erstere, im Satzgefüge von jenem Verbum zuweit getrennt erscheinen; sachlich nicht, weil selbst die Ausübung eines Superficiarrechtes an einzelnen Gebäudetheilen keinenfalls schon mit deren Bewohnen als solchem gegeben ist, selbst dann nicht, wenn der Bewohner quasi dominus wohnt[27]). So muß entweder mit der jüngern Correctur der Florentina (f) gelesen werden: superficiar*ius*, oder mit v. Savigny: ute*nt*ur. Den Vorzug dürfte die erstere Lesung namentlich deshalb verdienen, weil auch am Schlusse der Stelle zweimal der Superficiar im Singular aufgeführt wird.

Hiernach aber giebt Ulpian zum Schutze der Ausübung eines Superficiarrechtes in allen Fällen das inter-

27) Degenkolb a. a. O. S. 227 ff. Uebereinstimmend Pflüger a. a. O. S. 211. A. M. Mommsen ad h. l.: is qui in cenaculo habitat, ad quod aditus ex publico non sit, et habitat quasi dominus, omnino est superficiarius.

dictum de superficiebus, nicht nur dann, wenn es sich um die Superficies an einem Stockwerke handelt[27a]); umgekehrt aber giebt er dem dominus soli in allen Fällen das Uti possidetis, und zwar nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Superficiar, den er jedoch secundum legem locationis schützt[27b]). Es ist mithin überflüssig, zu untersuchen, ob der Eingang des §. 7 unsrer l. 3 im Anschlusse an die §§. 5 und 6 die Zuständigkeit des Uti possidetis zwischen dominus soli und superficiarius prüft[28]), oder seine Zuständigkeit gegen Störung seitens des Nachbarn[29]).

Aehnlich wie der Inhaber eines Superficiarrechtes nicht das Uti possidetis directum, vielmehr ein diesem nachgebildetes proponirtes interdictum de superficiebus hat, so hat auch der Inhaber des Nießbrauchs an einem Grundstücke nicht das Uti possidetis directum, sondern ein ebenfalls proponirtes Uti possidetis utile[29a]).

Vat. fragm. §. 90:

— libro 1. de interdictis sub titulo „in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit.“ Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. inde et interdictum Uti possidetis utile hoc nomine proponitur et[30]) Unde vi, quia non possidet, utile detur etc.

27a) Wie sich das Verfahren gegen den possessor aedium gestaltet, s. unten Tit. 18.

27b) Nämlich mittels einer exceptio gegen das Uti possidetis secundarium restitutorium (s. oben Ziffer 12 S. 448 unter a).

28) Wie Pflüger S. 204 annimmt.

29) Wie Degenkolb S. 225 annimmt.

29a) Vgl. zum Folgenden Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836 b Ziffer 50.

30) et *omisit* codex Vaticanus.

L. 27 i. f. D. de donat. 39, 5:

Papinian. lib. 29. quaest. — ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accépit.

Auf dieſes proponirte Uti possidetis utile iſt demnach auch zu beziehen l. 4 h. t.:

Ulp. lib. 70. ad ed.

In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. idem erit probandum, et si usus fructus[31]) quis sibi defendat possessionem, et ita *Pomponius* scribit. perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Aufgeſtellt iſt dieſes Uti possidetis utile wahrſcheinlich zunächſt, um den Streit über den Quaſibeſitz zwiſchen zwei Prätendenten des ganzen Nießbrauchs an dem nämlichen Grundſtücke zu entſcheiden. Während ein Streit um den Quaſibeſitz zwiſchen zwei Prätendenten der nämlichen Superficies, wie wir geſehen haben, kaum anders entſtehen kann, als wenn ein jeder der wahre Erbe des frühern Superficiars zu ſein behauptet, dann aber die hereditatis petitio das geeignete Mittel iſt, den Streit zu entſcheiden[32]), kann ein Streit um den Quaſibeſitz des nämlichen Nießbrauchs namentlich leicht entſtehen infolge eines legatum ususfructus, ſofern von mehreren Perſonen eine jede als angeblicher Legatar die Detention des betreffenden Grundſtücks ergreift, oder etwa die eine von dieſem, die andre von jenem Erben ſich überweiſen läßt. Der im Interdicte unterliegende Theil iſt damit zur endgültigen Verfolgung ſeines Anſpruchs auf die Klägerrolle in der confessoria actio verwieſen. Nicht minder aber

31) fructus *del.* M.

32) S. oben S. 509.

paßt unſer duplex interdictum utile für den Streit zwiſchen dem angeblichen quasi-possessor des Nießbrauchs und einem ſolchen angeblichen corporis possessor, der eben jene quasi-possessio beſtreitet oder als fehlerhafte anſieht, ſofern er ſelbſt das ſtreitige Grundſtück thatſächlich im Genuſſe hat oder bis zu dem, von ihm für fehlerhaft erklärten, Erwerbe der gegneriſchen quasi-possessio gehabt hat. Denn die wahrſcheinlich auf „uti utimini fruimini“ lautende Faſſung des Interdictes konnte auch ein ſolcher corporis possessor für ſich benutzen[33]). Auch hier wurde der im Interdicte Unterliegende je nach ſeinem Rechtsanſpruche auf die Klägerrolle in der confessoria oder der negatoria actio gewieſen[33a]). Endlich

33) Im entſprechenden Streite des angeblichen Bodenbeſitzers mit dem angeblichen Superficiar war jedenfalls die Anwendung des unveränderten Interdictes de superficiebus als doppelſeitigen Interdictes unanwendbar: das uti fruimini zwar hätte auch hier gepaßt, nicht aber das uti ex lege locationis sive conductionis fruimini.

33a) Möglicherweiſe jedoch erklärt der corporis possessor zwar die quasi-possessio des angeblichen Nießbrauchers für iniusta, vermag indeſſen nicht, ein eignes uti frui des ſtreitigen Grundſtücks zu behaupten, z. B. weil bisher ein von ihm anerkannter Nießbrauch daran beſtanden, und nach deſſen Beendigung der Gegner als angeblicher Nießbraucher die Detention ergriffen hat. Hier kann der Beſitzſtreit zwiſchen corporis possessor und iuris quasi-possessor mittels unſres Uti possidetis utile nicht ausgetragen werden. Stellt der corporis possessor das Uti possidetis an, ſo wird der iuris quasi-possessor in dem daraus folgenden secundarium restitutorium ſeine quasi-possessio exceptionsweis geltend machen. Umgekehrt wird der corporis possessor dem secundarium prohibitorium des iuris quasi-possessor auf Grund ſeiner corporis possessio eine wirkſame Einrede nicht entgegenſetzen können: er wird alſo zur negatoria in rem actio greifen müſſen. Vgl. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1836c Ziffer 55 S. 311.

gehört der dritte Fall hierher, in welchem sich die quasi-possessorischen Ansprüche eines angeblichen Nießbrauchers und eines angeblichen Usuars desselben Grundstücks gegenüber stehen; nur wurde hier die Fassung vermuthlich einfach auf „uti utimini“ umgeändert, also das für den Ususprätendenten nicht passende Wort „fruimini“ ausgelassen, das in diesem Falle ja auch für den Gegner entbehrlich war.

In entsprechender Weise fand das Uti possidetis als utile auch Anwendung auf die quasi-possessio eines angeblichen Usuars, und zwar sowohl gegenüber einem gleichartigen Prätendenten, also zwischen zweien, deren jeder den Usus desselben Grundstücks beanspruchte, als auch gegenüber dem corporis possessor, der die quasi-possessio des Usuars bestritt. Auch in diesen beiden Fällen hatte das Interdict die Fassung auf „uti utimini.“ Indessen ist nicht zu übersehen, daß das Interdict namentlich im erstern Falle eine wesentlich andre Bedeutung haben kann, als das interdictum utile zwischen zwei Nießbrauchsprätendenten. Denn bekanntlich kann sehr wohl gleichzeitig zwei Personen je der Usus derselben Sache in solidum zustehen; und es kommt dann nur die Regelung der beiderseitigen Gebrauchsbefugniß in Frage. Gerade zu dieser Regelung in possessorio aber dient unser interdictum utile da, wo die Parteien einander nicht sowohl das Recht des Usus selbst bestreiten, als vielmehr lediglich die Art und den Umfang von dessen Ausübung. Aehnlich kann sich auch der Streitpunct zwischen Usuar und corporis possessor gestalten, sofern Letzterer nicht das Dasein des Usus bestreitet, sondern nur die Art seiner Ausübung bemängelt[34]).

34) Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 344 dritter Fall, und Degenkolb, a. a. O. S. 76 N. 1.,

Auch in allen diesen Fällen steht die Duplicität des Interdictes dessen Anwendung gegen Störung der quasi-possessio ohne Beanspruchung derselben, bezw. einer sie ausschließenden corporis possessio seitens des Störenden selbstverständlich nicht entgegen: das an das duplex interdictum primarium sich anschließende simplex interdictum secundarium bewirkt hier den entsprechenden Schutz wie beim Uti possidetis directum.

---

finden in l. 4 h. t. noch einen vierten Anwendungsfall des Uti possidetis utile behandelt, indem sie die, allerdings durch den s. g. Tipucitus (ἢ νομὴν χρήσεως καρπῶν) bestätigte, Lesart der Florentina: et si usus fructus quis sibi defendat possessionem festhalten. Sie verstehen diesen Ausdruck nämlich von einem bloß prätorischen Ususfructus (l. 3 D. si ususfr. 7, 6) im Gegensatze zu dem civilen. Aber in Beziehung auf die bei unserm Interdicte allein in Frage stehende iuris quasi-possessio kann jener Gegensatz zwischen den in derselben ausgeübten Rechten ebenso wenig in Betracht kommen, als in Beziehung auf die corporis possessio der Gegensatz der in dieser ausgeübten Rechte des quiritarischen Eigenthums einerseits und des bonitarischen Eigenthums anderseits. Uebrigens dürfte auch kaum der Fall vorgekommen sein, daß zwei Prätendenten desselben prätorischen Nießbrauchs sich dessen Quasibesitz streitig gemacht hätten. Der prätorische Nießbrauch nämlich setzt quasi-traditio der iuris quasi-possessio voraus. Während aber das legatum ususfructus als dingliches stets und nothwendig in vollem Umfange in Kraft tritt, sobald auch nur Einer der eingesetzten Erben angetreten hat, und daher jeder einzelne von mehreren Eingesetzten in der Lage ist, nach seinem Antritte den Gegenstand des Nießbrauchs dem Legatar zu voller Ausübung des dem Letztern bereits erworbenen Rechtes der Nutznießung zu überlassen, verpflichtet das in l. 3 cit. erwähnte fideicommissum ususfructus als rein obligatorisches in Ermangelung besondrer Verfügung den einzelnen von mehreren Erben nur, gemäß seinem Erbtheile den Nießbrauch zu bestellen. In der Gebrauchsüberlassung des dem fideicommis-

19. Die hauptsächlichste Anwendung findet das Uti possidetis für denjenigen, der die ihm thatsächlich zustehende Verfügung über ein Grundstück ohne Rücksicht auf einen Andern nach seinem Belieben gebrauchen will. Eben deshalb gilt ein solcher vorzugsweis als possessor. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er die thatsächliche Verfügung über das Grundstück unmittelbar ausübt oder durch einen Dritten, einerlei ob dieser seiner hausherrlichen Gewalt unterworfen ist oder nicht.

Gai. IV, 153 (s. oben S. 490).

§. 5 J. de interd. 4, 15: Possidere autem videtur quisque non solum, si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque, apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur etc.

L. 9 D. de a. p. 41, 2:

Gai. lib. 25. ad ed. prov. Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmur.

Nicht minder gleichgültig ist es für die Zuständigkeit des Uti possidetis, ob derjenige, der den beschriebenen Willen mit der thatsächlichen Verfügung über das Grundstück verbindet, diese Verfügung auf rechtmäßige Weise erlangt oder sie aut vi aut clam aut precario sich angeeignet hat.

L. 2 h. t.:

Paul. lib. 65. ad ed. Justa enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet.

---

sarischen Nießbrauche zu unterwerfenden Nachlaßgegenstandes seitens eines einzelnen Miterben liegt daher nur die Begründung der dessen Erbtheile entsprechenden Quote der iuris quasi-possessio.

Ein verhängnißvoller Irrthum ist es indessen, den Schutz des interdictum retinendae possessionis auf den Besitz mit dem animus domini und die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes zu beschränken.

Wie wir gesehen haben[35]), wird in den letzteren Fällen der unmittelbare Besitzschutz aus Zweckmäßigkeitserwägungen ertheilt. Der Precarist und der Faustpfandgläubiger erhalten ihn deshalb, weil derjenige, der nach der natürlichen Anschauung als Besitzherr gilt, zur Vermittelung des Schutzes gar nicht oder doch nicht in ausreichender Weise herangezogen werden kann. Es läßt sich demnach erwarten, daß auch anderswo ohne Rücksicht auf den animus domini der Besitzschutz unmittelbar ertheilt wird, wo seine Vermittelung durch einen Andern ausgeschlossen ist.

Dies trifft namentlich zu bei demjenigen, der als negotiorum gestor ein Besitzverhältniß zugunsten eines Dritten begründet. Freilich kann auch er sogut wie ein Mandatar, der in Ausführung seines Auftrages zunächst für sich selbst, als s. g. Ersatzmann, erwirbt, den Willen haben, selbst nach Genehmigung des Geschäftsherrn den gemachten Erwerb bis zur Erledigung der Abrechnung für sich zu behalten. Und in diesem Falle ist es außer Zweifel, daß er den Besitzschutz genießt, wie er ja den animus rem sibi habendi hat. Aber ebenso gut kann seine Absicht auch dahin gehen, unter der Voraussetzung der Genehmigung sofort den Geschäftsherrn zum Besitzer zu machen. Dann hat er auch inzwischen ganz gewiß nicht die Absicht, das von ihm begründete thatsächliche Verhältniß zur Sache nach eigner Willkür zu benutzen: er wird vielmehr schon jetzt thunlichst Rücksicht auf den Willen des Geschäftsherrn nehmen. Gleichwohl macht er durch Herstellung des corpus possessionis den Geschäfts-

35) Oben Ziffer 16.

herrn nicht eher zum Besitzer, als bis dieser den Erwerb gutheißt[36]). Vorher also kann der Geschäftsherr den Besitzschutz nicht beanspruchen. Soll jedoch inzwischen das vom Gestor begründete thatsächliche Verhältniß zur Sache nicht schutzlos sein, so muß auch in diesem Falle der Gestor selbst den nöthigen Besitzschutz erhalten[37]).

In der gleichen Lage ist der ehrliche Finder einer beweglichen Sache[38]).

Unter den nämlichen Gesichtspunct gehört der Besitzerwerb dessen, der sich fälschlich für einen Haussohn hält, weil er nicht weiß, daß sein früherer Gewalthaber verstorben ist[39]). Er muß annehmen, daß der Besitz der für sein Peculium erworbenen Sache nicht ihm zustehe, sondern dem Gewalthaber, und kann auf dem Boden dieser Annahme gar nicht den animus rem sibi habendi haben. Gleichwohl coepit rem sibi traditam possidere. Und zwar ist mit diesen Worten keineswegs bloß gesagt, daß er in condicionem usucapiendi gelangt sei. In der That setzt ja die condicio usucapiendi, wenn wir von den besonders gearteten Fällen des Faustpfandes und des Precarium absehen, beim Usucapienten den Besitzschutz voraus. Viel-

36) L. 42 §. 1 D. de a. p. 41, 2. Paul. V, 2, 2.

37) v. Jhering, der Besitzwille S. 352 und S. 427 f.

38) v. Jhering a. a. O. S. 422 ff.

39) L. 44 §. 4 D. de usurp. 41, 3 (Papinian. lib. 23. quaest.): Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit? idem dicendum erit, et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat. Hinsichtlich der Usucapion des frühern Haussohnes, dessen ehemaliger Gewalthaber in feindlicher Gefangenschaft verstorben ist, s. l. 44 cit. §. 7. und dazu Baron in v. Jherings Jahrb. Bd. 29 S. 197 f.

mehr beziehen die Worte: coepit rem possidere sich ganz ausschließlich auf das Vorhandensein des Besitzschutzes: die Zulässigkeit der Usucapion untersucht Papinian in den folgenden Worten ganz besonders. Nun muß freilich derjenige, der als vermeintlicher Hausſohn für sein Peculium den Besitz erworben zu haben glaubt, in dem Augenblicke, in welchem er zum Schutze dieses Besitzes das interdictum retinendae possessionis erbittet, wissen, daß er sui iuris ist, und hat deshalb in diesem Augenblicke den animus rem sibi habendi. Allein gemäß dem Satze: nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest — würde ihm dieser nachträglich gefaßte animus den juristischen Besitz gar nicht verschaffen können. Und insbesondere würde er auch jetzt nicht in der Lage sein, kraft der recuperatorischen Function des interdictum retinendae possessionis den Besitz von Sachen zu beanspruchen, deren Innehabung ihm entzogen worden ist, bevor er Kenntniß von seiner Gewaltfreiheit hatte, wenn er nicht schon vorher als Besitzer gegolten hätte[40]).

40) Vgl. v. Jhering a. a. O. S. 343ff.

Irrig führt m. E. v. Jhering a. a. O. S. 343 auch l. 21 pr. i. l. D. de a. r. d. 41, 1 auf. (Pompon. lib. 11. ad. Sab.: — sed si liber bona fide tibi serviens emerit, ipsius fieri.) Hier ist allerdings gesagt, daß nach der von Pomponius berichteten Ansicht des Proculus der liber bona fide serviens an den ihm ex iusta causa tradirten Sachen das Eigenthum erwerbe, wie dies ja auch Pomponius selbst lib. 31. ad Q. Muc. in l. 54 §. 4 eod. (die nur fälschlich dem Modestinus zugeschrieben wird) annimmt; keineswegs aber, daß er auch den juristischen Besitz daran erwerbe: dies war nach der allgemeinen Ansicht der römischen Juristen unmöglich. l. 54 §. 4 cit. (Pompon.); l. 1 §. 6 D. de a. p. 41, 2 (Paul.); l. 118 D. de R. J. 50, 17. Baron a. a. O. S. 198f. Salkowski, zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 36 zu N. 69 S. 168 N. 11. Es liegt hier ein Fall vor, wo die Römer der traditio ex iusta causa zwar die Wir-

Nicht minder muß als juriſtiſcher Beſitzer derjenige gelten, dem die Innehabung einer Sache zwecks der Eigenthumsübertragung eingeräumt iſt, während die iusta

kung des Eigenthumserwerbs beilegten, dem ihre Vorausſetzung bildenden thatſächlichen Verhältniſſe zur Sache aber gleichwohl den Beſitzſchutz verſagten, wie es ja manche römiſche Juriſten auch beim Erwerbe durch Perſonen in manu mancipiove thaten (Gai. II, 90), und ebenſo beim Erwerbe durch den servus fructuarius (Gai. II, 94), wie beim Erwerbe durch den Sklaven während des Freiheitsprozeſſes (Gai. ad ed. praet. urb. tit. de lib. causa. l. 25 §. 2 D. de lib. c. 40, 12). Salkowski a. a. O. S. 164 ff.

Auch l. 21 D. de usurp. 41, 3 kann ich nicht mit v. Ihering, Beſitzwille S. 346 f., ſo verſtehen, daß derjenige, der ohne Kenntniß ſeines Eigenthums ſeine Sache pachtet, mit Erlangung ihrer Innehabung auf Grund dieſes nichtigen Pachtvertrages eo ipso juriſtiſcher Beſitzer werde. Die Stelle lautet: (Javolen. lib. 6. epist.) Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem eius fundi putes. item quaero, si eidem vendidero eum fundum, quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes. respondit: si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus rem suam conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non duravit. in venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit. Wie auch v. Ihering anerkennt, ſpricht Javolenus ausdrücklich nur dem Verpächter den Beſitz und damit die Fortdauer der Erſitzung ab. Dieſe Entſcheidung ergiebt ſich mit Nothwendigkeit daraus, daß die obligatio locati conducti, welche das Detentionsverhältniß begründen ſoll, nichtig, mithin der pachtende Eigenthümer gar nicht Detentor des Verpächters iſt, Letzterer alſo zu dem verpachteten Grundſtücke in Wahrheit gar kein Beſitzverhältniß mehr hat. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß nun der pachtende Eigenthümer ohne Kenntniß der Sachlage und ſomit ohne eignen Beſitzwillen als juriſtiſcher

causa der Eigenthumsübertragung noch von einer Bedingung abhängt. Hierher gehört u. a. der Bräutigam, dem zwecks der Dotirung Sachen mit der Vereinbarung übergeben worden sind, daß sie erst mit Eintritt

---

Besitzer gelte. Wie in der That sollte sich dies äußern? Von Ersitzung kann für den Eigenthümer keine Rede sein; und wenn er, sei es gegen den Verpächter selbst, sei es gegen einen Dritten, das Uti possidetis gebrauchen wollte, so würde ihm einfach entgegengehalten, daß sein thatsächliches Verhältniß zur Sache auf der causa conductionis beruhe. Erst wenn die Nichtigkeit dieser causa feststeht, kann der pachtende Eigenthümer das Interdict mit Erfolg gebrauchen: dann aber hat er unleugbar auch den animus rem sibi habendi. Bevor sein Eigenthum, und damit die Nichtigkeit des Pachtvertrages, feststeht, muß er, ungeachtet er beides behauptet, das Grundstück dem Verpächter zurückgeben. L. 25 Cod. de loc. 4, 65 (s. oben S. 449 N. 32). Die Eigenthumsfrage darf hiernach nicht einmal gegenüber der Contractsklage des Verpächters auf Rückgabe geltend gemacht werden, geschweige denn gegenüber dessen Uti possidetis. Und zwar beruht dies nicht etwa, wie Baron in v. Jherings Jahrb. Bd. 30 S. 199 ff. meint, auf dem processualischen Grundsatze, wonach die Besitzfrage vor der Eigenthumsfrage entschieden werden soll (l. 3 Cod. de interd. 8, 1), denn sonst würde es für die Contractsklage nicht zutreffen; es beruht vielmehr auf der Billigkeit. Der vermeintliche Verpächter darf nicht dadurch um den Vortheil der Besitzerrolle im Eigenthumsprocesse gebracht werden, daß er seine Verbindlichkeit aus dem vermeintlichen Pachtvertrage erfüllt hat (S. oben §. 1848 Ziffer 11 N. 21 S. 110 f. und §. 1850 Ziffer 12 zu N. 32. S. 448 f.). Ohne Zweifel ist dies altrömische Anschauung; l. 40 §. 3 D. de a. p. 41, 2 (s. oben S. 104), aus welcher Baron a. a. O. S. 202 eine abweichende Meinung Africans herauslieset, hat mit dieser Frage nicht das Geringste zu thun, sagt vielmehr in gutem Einklange mit l. 25 Cod. cit., daß die Partei, welche sich heimlich von der andern den Besitz angeeignet hatte, die exceptio clandestinae possessionis in einem zwischen ihnen ergangenen Utrubi durch den Nachweis ihres Eigenthums entkräfte. Im Falle der l. 21

der Ehe sein Eigenthum werden sollen[41]); ferner der Schenknehmer, dem die bedingt geschenkten Sachen schon jetzt eingehändigt sind[42]), so namentlich bei einer suspensiv bedingten Schenkung von Todeswegen[43]); nicht minder aber der Käufer, dem die Waare vor Eintritt der Bedingung des Kaufs tradirt ist[44]), und somit auch der Bräutigam, dem zwecks der Dotirung Sachen venditionis causa taxirt übergeben worden sind[45]); und ebenso der Käufer, dem der Verkäufer die Innehabung der Waare überlassen hat, ohne daß der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist. Sofern der Inhaber der Sache in allen diesen Fällen weiß, daß er noch nicht Eigenthümer ist, kann er den animus domini gar nicht haben[45a]). Nun haftet er selbst allerdings dem Eigenthümer nicht, wenn ihm ohne prästabeles Verschulden die Innehabung der Sache durch einen Dritten entzogen oder beschränkt worden ist; allein er ist seinerseits völlig außerstande, vom Eigenthümer Schutz gegen Störung oder Entziehung der Innehabung zu erzwingen. Und eben deshalb ist der unmittel-

D. de usurp. 41, 3 cit. dagegen müßte der Impetrant, um seinen Besitz darzulegen, vorweg erst sein Eigenthum an dem gepachteten Grundstücke darthun.

41) L. 7 §. 3 i. f. D. de J. D. 23, 3. l. 9 §. 1 eod. l. 1 §. 2 D. pro dote 41, 9.

42) L. 1 pr. l. 2 §. 5 D. de donat. 39, 5.

43) L. 2 i. f. l. 29 D. de m. c. don. 39, 6. l. 11 §. 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

44) L. 4 pr. D. de in diem add. 18, 2. l. 2 §§. 2. 3 D. pro empt. 41, 4.

45) Vat. fragm. §. 111 i. f. l. 2 D. pro dote 41, 9.

45a) Baron in v. Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 189 nimmt hier, wie im Falle der l. 44 §. 7 D. de usurp. 41, 3, einen bedingten animus possidendi an, der bei Eintritt der Bedingung zurückbezogen werde. M. E. kann der Wille doch nur dahin gehen, Besitzer zu werden, sobald die Bedingung erfüllt sein werde, niemals aber dahin, bei ihrer künftigen Erfüllung schon vorher Besitzer zu sein.

bare Besitzschutz für ihn unabweisbares Bedürfniß. Wie wenig es auf seinen animus ankommt, erhellt daraus, daß Sabinus ihm ohne weiteres sogar Usucapionsbesitz beilegt, sobald nur die Bedingung der causa dominii transferendi eingetreten ist, sollte er davon gleich nichts wissen[46]).

Dem eben behandelten Verhältnisse, nämlich der unbedingten Ueberlassung des juristischen Besitzes während bedingter Uebertragung des Eigenthums, darf das ganz anders geartete Verhältniß nicht gleichgestellt werden[47]), bei welchem der bisherige juristische Besitzer zwar die Innehabung einem Andern überläßt, jedoch das eigne Aufgeben des Besitzes ausdrücklich von einer Voraussetzung oder von einer Bedingung abhängig macht: hier versteht es sich von selbst, daß der Empfänger nur bei der Richtigkeit der Voraussetzung oder beim Eintritte der Bedingung juristischer Besitzer wird, andernfalls dagegen bloßer Detentor bleibt[48]). Indessen ist auch in

46) L. 2 §. 2 cit. pro empt. 41, 4 (Paul. lib. 54. ad ed.): Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capit. idemque est, et si putet condicionem exstitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum. est tamen nonnulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem exstitisse, quasi nondum putat sibi emisse etc.

47) Wie es v. Ihering a. a. O. S. 351 f. unter 2 zu thun scheint.

48) L. 38 §. 1 D. de a. p. 41, 2 (Julian. lib. 44. dig.): Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundi esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. hoc amplius existimandum est, possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit.

dieſem Verhältniſſe der animus rem sibi habendi auf der einen wie auf der andern Seite gleichgültig: mit der Richtigkeit der Vorausſetzung, mit dem Eintritte der Bedingung hat der bisherige Beſitzer aufgehört es zu ſein, iſt der Empfänger juriſtiſcher Beſitzer geworden, ſollten ſelbſt beide das Gegentheil des wirklichen Sachverhaltes als wahr annehmen[49]).

Umgekehrt bleibt derjenige juriſtiſcher Beſitzer, der durch mancipatio oder in iure cessio (oder im heutigen Rechte durch Auflaſſung) ſein Eigenthum, mithin auch den animus domini aufgiebt, aber die Innehabung der Sache behält. Es iſt eine völlig ungeſunde Meinung, daß kraft der Eigenthumsübertragung zwiſchen ihm und dem Erwerber des Eigenthums ſtillſchweigend ein constitutum possessorium geſchloſſen werde. Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest: ein constitutum possessorium als abſtracter Beſitzübertragungsvertrag iſt aber keine causa possessionis. Hätten die Römer in der Mancipation eine Tradition kraft eines ſtillſchweigenden constitutum possessorium erblickt, ſo hätten ſie bei der Aufzählung der Erforderniſſe für die Perfection der Schenkung einer res mancipi zwiſchen personae non exceptae legis Cinciae nicht nöthig gehabt, beides, nämlich Mancipation und Tradition, neben einander aufzuführen, wie es doch in der That geſchieht[50]); — es wäre höchſt überflüſſig geweſen, die Verpflichtung des Erben aus dem Damnationslegate einer res mancipi dahin anzugeben, daß er die Sache zu mancipiren oder in iure zu cediren

49) v. Ihering a. a. O. S. 351 unten.

50) Vat. fragm. §. 313 (Dioclet. a° 296): Donatio praedii, quod mancipi est, inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur etc. §. 311. (Paul. lib. 23. ad ed. de brevibus): Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem etc.

und zu tradiren habe[50a]); — und als bedeutungslose Aufzählung müßte es gelten, daß in vielen der auf uns gekommenen Mancipationsurkunden außer der Mancipation auch die Tradition besonders erwähnt wird[50b]).

Vollends aber haben die Römer niemals anerkannt, daß derjenige, der dem Andern die von diesem acceptirte Erklärung giebt, er wolle schenkungsweis sein Eigenthum auf ihn übertragen, damit ohne weiteres zu besitzen aufhöre, vielmehr den Schenknehmer kraft eines stillschweigenden constitutum possessorium zum juristischen Besitzer und damit zum Eigenthümer der bisher dem Schenkgeber gehörigen Sachen mache[51]). Ein constitutum possessorium wird bei der Sachschenkung nur dann angenommen, wenn der Schenkgeber die Innehabung auf Grund eines Rechtsverhältnisses zurückbehält, das ihn zur fortdauernden Innehabung befugt macht[52]).

50a) Gai. II, 204: — heres, si *res* mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionem*que* tradere debet etc.

50b) S. die Urkunden bei Bruns, fontes ed. VI Nr. 105, 107, 111, 112, 114. S. Rudorff zu v. Savigny, Recht des Besitzes, Num. 96.

51) Vat. fragm. §. 263. (Papin. lib. 12. resp.): Eam, quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit neque per mancipationem praediorum dominium transtulit nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit. Consult. VI, 10 (ex corpore Hermogeniani tit. de donat. i. v. et u. [VII]) und 11 (eod. lib. et tit.). S. v. Jhering a. a. O. S. 213 f.

52) L. 42 pr. D. de mort. c. don. 39, 6 (Papin. lib. 13. resp.), wo zu Eingang statt traditionibus factis gestanden hat: mancipationibus oder vielmehr (wie einerseits wegen des folgenden cessisset, anderseits wegen der Beziehung auch auf die res nec mancipi m. E. wahrscheinlicher ist): in iure.

Wie wenig es für die Gewährung des Besitzschutzes auf den animus sibi possidendi selbst in Verbindung mit dem corpus possessionis ankommt, wie ausschließlich vielmehr hierfür die causa entscheidet, aus welcher das thatsächliche Verhältniß zur Sache entstanden ist, erhellt vor allem aus der Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[53]).

Es ist eine höchst unglückliche Anwendung einer neu erlangten rechtsgeschichtlichen Kenntniß gewesen, welche nach Gai. II, 52—61 die eigentliche Bedeutung dieser Regel in ihrer Beziehung zur alten improba possessio et usucapio pro herede hat finden wollen[54]). Die eine der dafür beigebrachten Stellen, l. 33 §. 1 D. de usurp. 41, 3[55]), bezeichnet als Anwendungsgebiet der Regel die bös-

53) L. 3 §. 19 D. de a. p. 41, 2.

54) v. Savigny, Recht des Besitzes von der sechsten Ausgabe an; Ausg. 7 S. 82 ff. Thon im Rheinischen Museum Bd. 4 S. 109 weiset daneben auf die usureceptio hin.

55) Julian. lib. 44. dig.: Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec

gläubige Umwandlung eines Besitzverhältnisses, das auf andern Titel begründet ist, in einen Besitz lucri faciendi causa; sie beweiset also für die fragliche Beziehung der Regel nur insofern etwas, als die possessio pro herede, welche zu der usucapio improba führte, eben auch lucri faciendi causa stattfand. Die zweite Stelle aber, l. 2 §. 1 D. pro herede 41, 5[56]), demselben Buche der Digesten Julians angehörig, wie die erste, wendet umgekehrt die anderswo gewonnene richtige Auffassung der Regel erst auf die usucapio pro herede an. Da, sagt Julian, gemäß der Regel niemand kraft seines bloßen Willens seine naturalis possessio, d. h. sein durch das interdictum retinendae possessionis nicht geschütztes Verhältniß zur Sache, in eine civilis possessio, d. h. das durch jenes Interdict geschützte Verhältniß, verwandeln kann, so ist ganz folgerecht durch responsa dem bloßen Detentor auch die usucapio lucrativa pro herede abgesprochen worden: denn zur Usucapion gehört juristischer Besitz[57]). Die dritte Stelle endlich[58]), l. 10 i. f. D. si pars hered. 5, 4[59]),

vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere.

56) Julian. lib. 44. dig: Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

57) v. Savigny hat sich das richtige Verständniß dieses Ausspruchs durch seine irrige Auffassung der Ausdrücke civilis und naturalis possessio abgeschnitten. Vgl. oben §. 1848 Ziffer 4 N. 22 S. 30ff.

58) Sie wird von Rudorff Zusatz zu v. Savigny Nr. 26 S. 597f. geltend gemacht.

59) Papinian. lib. 6. quaest.: Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore deces-

redet ganz und gar nicht von der Umwandlung der causa possessionis zwecks der usucapio lucrativa pro herede, sondern davon, ob derjenige, der den Besitz von Nachlaßstücken als Detentor des vermeintlichen Erben ergriffen hat und als solcher daher mit der hereditatis petitio nicht belangt werden könnte, weil er weder possessor pro herede noch possessor pro possessore ist, dann, wenn er hinterher selbst Erbe zu sein behauptet, jener Klage hafte[60]). Daß es sich in l. 10 i. f. cit. schlechterdings nicht um die usucapio pro herede handeln kann, erhellt schon aus dem Thatbestande, wonach die Erbschaftssachen verkauft worden sind, und lediglich die Herausgabe des Preises in Frage steht.

---

sisse, partem hereditatis nomine patris ut absentis administraverit et pecunias distractis rebus acceperit, hereditas ab eo peti non potest, quia neque pro herede neque pro possessore pretia possidet, sed ut filius patris negotium curavit. negotiorum autem gestorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris, a quo forte exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit, cum id, quod administravit, non fuerit paternae hereditatis. nam etsi negotiorum gestorum actio sit ei, cuius nomine perceptum est, ei, cuius ea res est, perceptum alieno nomine (*sic sec.* M.) restitui aequum est. sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse disierat, neque paternae successionis, quae fuerunt alterius hereditatis. quod si filius iste patri suo heres exstitit et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres exstitit, mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis ut iuris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

60) Vgl. l. 13 §. 12 D. de H. P. 5, 3.

Jene Regel bezieht sich vielmehr auf alle Thatbestände, bei denen die causa possessionis in Betracht kommt.

Sie besagt zunächst: niemand vermag durch einseitige Willensänderung sein als bloße Detention begründetes Verhältniß zur Sache in das mit dem interdictum retinendae possessionis geschützte Verhältniß umzuwandeln[61]. Dies gilt sogar dann, wenn der Detentor die Sache verkauft, aber das thatsächliche Verhältniß zu ihr fortsetzt, wennschon seiner Absicht nach für den Käufer: er bleibt Detentor des frühern Besitzherrn[62]). Die Umwandlung

---

61) L. 2 §. 1 D. pro herede 41, 5 (Julian. s. oben N. 56); l. 23 (25) Cod. de loc. 4, 65 (Diocletian).

62) L. 32 §. 1 D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 15. ad Sab.): Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique merces praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet. Die Fortzahlung der merces an den ersten locator ist schwerlich rechtliche Voraussetzung dafür, daß dieser possessionem per conductorem retinet, sondern erklärt nur, wie es thatsächlich gekommen ist, daß der prior locator nicht alsbald Anlaß gehabt hat, sich um seine Sache zu kümmern. Gemäß der l. 32 §. 1 cit. ist wohl auch l. 5 Cod. de a. vel ret. poss. 7, 32 (Dioclet.) zu verstehen: auch hier hat der Pächter das von ihm verkaufte Grundstück als Pächter des Käufers weiter detinirt. So Dernburg, Pand. Bd. 1 §. 179 Nr. 3. — A. M. ist das Reichsgericht, Entscheid. in Civilsachen Bd. 19 Nr. 45 S. 240 f., welches erklärt, unsre Regel beziehe sich nicht auf die Frage des Besitzerwerbes, sondern auf die Frage der Rechtmäßigkeit des Besitzes; sie spreche aus, daß niemand sich selbst einen Rechtsgrund (Titel) seines Besitzes verschaffen könne. Aber causa ist eben nicht der Rechtsgrund, d. h. ein von der Rechtsordnung anerkannter Grund des Besitzes, sondern die thatsächliche Veranlassung des Innehabungsverhältnisses. . .

der Detention in juriſtiſchen Beſitz ſetzt außer der Willensänderung beim Detentor voraus, daß er entweder dem bisherigen Beſitzherrn den Beſitz corpore entzieht, z. B. indem der Pächter den Verpächter dejicirt; oder daß der bisherige Beſitzherr mit dem Detentor einen Vertrag ſchließt, der Uebertragung des Beſitzes bezweckt.

Aber unſre Regel ſagt auch, daß umgekehrt niemand ſich durch einſeitige Willensänderung aus dem juriſtiſchen Beſitzer in einen bloßen Detentor verwandelt[62a]). Hierzu iſt ein Vertrag mit demjenigen erforderlich, der nunmehr juriſtiſcher Beſitzer werden ſoll, und zugleich ein zweiter Vertrag, durch welchen der bisherige juriſtiſche Beſitzer zum Detentor des neuen wird. Selbſtverſtändlich müſſen beide Verträge ebenſo cauſal ſein, wie dies von dem Vertrage erfordert wird, durch den der bisherige Detentor juriſtiſchen Beſitz erlangen ſoll[62b]): ein abſtracter Beſitzübertragungsvertrag iſt dem römiſchen Rechte völlig fremd[62c]). Ein derartiger Vertrag würde in der That den

62a) L. 18 pr. D. de a. p. 41, 2 (Celsus); vgl. l. 77 D. de R. V. 6, 1 (Ulpian.). l. 21 §. 3 D. de a. p. 41, 2 (Javolen.).

62b) Dagegen halte ich es nicht für erforderlich, daß der Vertrag, durch welchen der bisherige juriſtiſche Beſitzer die Detention für den neuen Beſitzer übernimmt, im eignen Intereſſe des Detentors geſchloſſen wird, wie v. Jhering, Beſitzwille S. 210 f., annimmt. Ich ſehe nicht ein, weshalb nicht z. B. der Verkäufer einer Sache, ohne in deren thatſächlichem Verhältniſſe eine Aenderung vorzunehmen, zum Depoſitar des Käufers werden könnte.

62c) Treffend weiſet v. Jhering S. 213 f. darauf hin, daß es andernfalls bei der Schenkung des ganzen Vermögens und ebenſo bei dem Verkaufe einer Erbſchaft nicht die Tradition der einzelnen Sachen gefordert haben würde. Vat. fragm. §. 263 (Papinian.): eam, quae bonorum filiis citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum

Satz: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur — geradezu auf den Kopf stellen.

Weiter besagt unsre Regel, daß niemand durch bloße Willensänderung seine iniusta possessio zur iusta machen und somit gegenüber demjenigen, von dem er vitio besitzt, im interdictum retinendae possessionis zum superior werden könne: dies ist nur möglich kraft eines causalen Vertrages mit dem Gegner[63]).

Ferner besagt sie, daß ein malae fidei possessor nicht durch bloße Willensänderung zum bonae fidei possessor werde und somit die condicio usucapiendi und die Möglichkeit des Fruchterwerbs erlange[64]), geschweige eine iusta causa dominii acquirendi[65]): überall erfordert diese Aenderung der Rechtsstellung des Besitzers einen causalen Vertrag mit dem wirklichen oder vermeintlichen Eigenthümer.

Und so wird denn unsre Regel ohne jede nähere Beziehung ganz allgemein ausgesprochen[66]). Es bleibt nach

---

tradidit — nihil egisse placuit. L. 14 §. 1 D. de H. v. A. V. 18, 4 (Paul.): Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet etc. Für Justinians Recht beweiset dies auch l. 42 pr. D. de m. c. don. 39, 6: cum bonis suis traditionibus factis — donationis causa cessisset. Vgl. oben N. 52.

63) L. 6 §. 3; l. 22. pr. D. de prec. 43, 26. Umgekehrt verwandelt sich der iustus possessor durch solchen Vertrag in einen precario possidens. l. 6 pr. D. pro empt. 41, 4. l. 22 pr. cit. i. f. D. de prec. 43, 26.

64) L. 33 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (s. oben N. 55). l. 6 §. 3 cit. l. 22 pr. D. de prec. 43, 26 cit.

65) L. 3 §. 20; l. 19 §. 1 D. de a. p. 41, 2. l. 30 §. 2 D. de usurp. 41, 3. l. 2. §. 21 D. pro empt. 41, 4. l. 1 §. 2 D. pro don. 41, 6.

66) L. 3 §. 19 D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 45. ad ed.): Illud

ihr für alle Rechtsfolgen des thatsächlichen Verhältnisses einer Person zu einer Sache solange, bis eine objective Aenderung eintritt, lediglich der Thatbestand maßgebend, kraft dessen jenes Verhältniß begründet worden ist.

Das Ergebniß unsrer Untersuchung läßt sich dahin zusammenfassen: das thatsächliche Verhältniß einer Person zu einer Sache[66a]), welches diese in der Gesammtheit ihrer Beziehungen der Verfügung jener zu unterwerfen geeignet und von ihr mit dem Willen ergriffen ist, diese Verfügung vorzunehmen (affectio tenendi), wird mit dem interdictum retinendae possessionis in allen Fällen geschützt, in denen die Person dieses Schutzes bedarf und ihn nicht etwa auf anderm Wege in genügender Weise erhält, sei es infolge eines persönlichen Anspruchs gegen eine bestimmte andere Person, die ihr den Besitzschutz zu ermitteln verpflichtet ist, sei es vermöge eines besondern Rechtsbehelfes, der ihr unmittelbar auch gegen Dritte den erforderlichen Schutz gewährt. Demnach wird mit dem interdictum retinendae possessionis nicht geschützt

1) der bloße Besitzgehülfe, weil er des Besitzschutzes nicht bedarf;

2) der Precarist, dem bloß das in possessione esse eingeräumt worden ist, weil er bei Eingehung dieses Verhältnisses auf Schutz dafür verzichtet hat;

3) derjenige, dem der bisherige juristische Besitzer durch obligatorischen Vertrag zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist, nicht aber zur Uebertragung der Sache in sein Vermögen;

---

quoque a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

66a) Auf dem Boden des römischen Rechtes müßte hinzugefügt werden: „menschlichen Rechtes." Denn an res divini iuris war der Besitzschutz ausgeschlossen. S. oben Ziffer 1 S. 363.

4) der Immittirte und der iuris quasi-possessor eines dinglichen Nutzungsrechtes, weil sie eigne Rechtsbehelfe haben, welche ihnen den Sachbesitzschutz ersetzen.

Es liegt sehr nahe, für den letzten Fall (4) eine besondere Art eines geschützten Sachbesitzes anzunehmen; und eben dies scheint Quintus Mucius Scaevola hinsichtlich des immissus gethan zu haben. Allein er übersah dabei nicht nur, daß zur Begründung dieses Schutzes der Nachweis des thatsächlichen Verhältnisses zur Sache nicht genügt, daneben vielmehr noch das Immissionsdecret nachgewiesen werden muß, sondern auch, daß der bisherige Inhaber seinerseits den Besitzschutz weiterhin genießt; daß m. a. W. der Immittirte ungeachtet seines eignen Rechtsbehelfes doch nur Detentor ist, ja, sogar nur Detentor neben dem bisherigen Inhaber[67]). Und ähnlich ist das Verhältniß des iuris quasi-possessor einer die Detention gewährenden Personalservitut.

So bleibt es denn dabei: als (juristischer) Besitzer gilt nur, wer unmittelbar sich des interdictum retinendae possessionis bedienen kann.

Sollte jedoch das thatsächliche Herrschaftsverhältniß zur Sache als solches überall geschützt werden, wo dieses in eignem Interesse des Inhabers geübt, und Letzterer

---

67) L. 3 §. 23 D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 54. ad ed.): Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa (vel quia damni infecti non caveatur) possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti causa non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longum possessionem capere praetor causa cognita permittit. Vgl. oben Ziffer 16 S. 487 ff.

nicht auf andre Weise ausreichend geschützt wurde, so verstand es sich von selbst, daß auch der fur et raptor geschützt werden mußte[68]).

Bleibt aber nach unsrer Ausführung das thatsächliche Herrschaftsverhältniß der Person über eine Sache nur in besonders gearteten Fällen ohne Schutz, so ergiebt sich damit die Substantiirung und die Beweislast für den Anspruch auf unmittelbaren Besitzschutz von selbst. Als behauptungspflichtig und demnach als beweispflichtig kann nur die Thatsache gelten, welche jenen Anspruch positiv begründet, eben das thatsächliche Verhältniß zur Sache. Der besondere Umstand, der im Einzelfalle den Besitzschutz ausschließt, m. a. W. die ihn entbehrende causa possessionis[69]), ist nach den Umständen als rechtshindernde oder als rechtsvernichtende[70]) Thatsache[71]) vom Gegner zu behaupten und zu beweisen; nicht umgekehrt muß derjenige, der Besitzschutz verlangt, die causa seines Besitzes darthun.

Ein Zeugniß dafür, daß diese Auffassung schon von der römischen Praxis befolgt sei, meint v. Jhering[72]) zu finden in

Paul. V, 11. 2:

Probatio traditae vel non traditae possessionis non

---

68) Vgl. v. Jhering, über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 54 ff.

69) Von der Eigenschaft der Sache als divini iuris darf ich hier absehen.

70) Als solche z. B. ein vom Inhaber abgeschlossenes constitutum possessorium.

71) Auch wer den juristischen Besitz als Recht im subjectiven Sinne nicht anerkennt, wird diese Ausdrücke hier gelten lassen, sofern sie die üblichen Bezeichnungen für die Regelung der Beweislast bilden. Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses §. 15 zu N. 6 f. unter 1 und 2.

72) Besitzwille S. 9, S. 167 ff.

tam in iure, quam in facto consistit[73]): ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant.

Indeſſen ſpricht dieſe Stelle nicht von dem Beweiſe, den das interdictum retinendae possessionis erfordert. Sie bezieht ſich vielmehr auf den Schenknehmer, der, um die Perfection der Schenkung darzuthun, auch den Beweis zu erbringen hat, daß er durch Tradition ſeitens des Schenkgebers juriſtiſcher Beſitzer der geſchenkten Sache geworden ſei. Wenn nun Paulus ſagt: probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in iure, quam in facto consistit, — ſo erklärt er damit allerdings, daß es auf die rechtliche Beſchaffenheit der causa traditionis nicht ankomme, daß es m. a. W. gleichgültig ſei, ob ſie gegen die lex Cincia verſtoße, ob ſie überhaupt eine iusta causa dominii transferendi bilde. Allein es leuchtet ein, daß die Worte: ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant, — durch die vorhergehenden ihre nähere Beſtimmung erhalten. Sie wollen nicht bloß ſagen: deshalb genügt der Nachweis, daß der Schenknehmer thatſächlicher Inhaber der Sache iſt, gleichviel, wie er dies geworden ſein mag; es iſt vielmehr die unerläßliche Vorausſetzung für die Rechtswirkung ſeiner Innehabung, daß er dieſe mit dem Willen des Schenkgebers erworben hat. Denn hätte er ſie ſich etwa eigenmächtig angeeignet, ſo beſäße er als praedo[74]), der Schenkgeber könnte ihm jederzeit den Beſitz mit dem interdictum retinendae possessionis abnehmen, und die Schenkung wäre eben nicht perfect geworden.

---

73) Vgl. l. 7 §. 3 D. de cur. fur. 27, 10 (Julian.): solutio venditio traditio facti magis quam iuris sunt ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intellegitur alter consentire etc.

74) Vgl. l. 5. l. 33 D. de a. p. 41, 2.

Daß zur Begründung des Anspruchs auf unmittelbaren Besitzschutz die thatsächliche Innehabung genüge, spricht also die Stelle nicht aus.

Wohl aber läßt es sich aus ihr folgern.

Genügt nämlich für den Nachweis, man sei ex traditione juristischer Besitzer geworden, die Darlegung, daß man mit dem Willen des frühern Inhabers die thatsächliche Innehabung erlangt hat, so kann für den Nachweis des juristischen Besitzes als solchen die causa possessionis überhaupt nicht in Betracht kommen; es genügt überall der Nachweis des corporaliter tenere.

20. Daß auch der Besitzer eines ideellen Theiles sich des Uti possidetis bedienen kann, haben wir bereits gesehen[75]). Fraglich bleibt jedoch, ob er dies nur Dritten gegenüber thun könne, oder auch gegenüber einem Mitbesitzer[76]).

Völlig unbedenklich ist die Anwendbarkeit des Uti possidetis primarium wegen einer Besitzquote zwischen zwei Parteien, von denen die eine Mitbesitz behauptet, während die andere Alleinbesitz beansprucht, und ebenso zwischen zwei Parteien, die sich zwar gegenseitig als Mitbesitzer anerkennen, jedoch eine jede die andre zu einer geringern Quote, als diese zu besitzen behauptet[77]). Wir

---

75) S. oben Ziffer 1 S. 364.

76) S. hierzu Miescher, die Besitzinterdicte unter Mitbesitzern im Archiv für die Civil. Praxis Bd. 59. 1876 S. 149—205, wo auch die ältere Literatur behandelt ist. Gustav Rümelin, die Theilung der Rechte 1883. §. 8 S. 104 ff. O. Wendt, das Faustrecht in v. Iherings Jahrb. Bd. 21. §. 15 S. 171 ff. 1883. O. Bähr, zur Besitzlehre, das. Bd. 26 S. 302. 1888.

77) Miescher a. a. O. S. 183.

können nicht einmal einräumen, daß im letztern Falle unser Interdict kaum einem praktischen Bedürfnisse entspreche, vielmehr die actio communi dividundo regelmäßig der gewiesene Rechtsbehelf sei, wie Miescher[78]) annimmt. Allerdings wird das Rechtsverhältniß, auf dem die Gemeinschaft des Besitzes beruht, eine bequemere Grundlage für die Entscheidung abgeben, als das in seinem Umfange oft schwieriger bestimmbare thatsächliche Verhältniß. Allein die actio communi dividundo unter Gemeinschaftern eines veräußerlichen Rechtsverhältnisses bezweckt Auflösung der Gemeinschaft; und beim Streite um die Größe der Gemeinschaftsantheile liegt oft jeder Partei die Absicht fern, die Gemeinschaft aufzulösen. Auch versagt die actio communi dividundo zwischen solchen Mitbesitzern, die den gemeinsamen Besitz aut vi aut clam aut precario erworben haben[79]).

---

78) A. a. O.

79) L. 7 §. 4 D. comm. div. 10, 3.

Nach l. 7 cit. §. 5 versagt die actio communi dividundo ebenfalls, wenn der zu ihr provocirte Nichtbesitzer behauptet, der besitzende Provocant habe ihm vitio den Besitz entzogen: hier soll zuvor mittels des nach den Umständen geeigneten Interdictes der Besitz geregelt werden. (Ueber das interdictum de clandestina possessione s. oben §. 1848 Ziffer 8 S. 70ff.) Der Grund für die Aussetzung der Theilungsklage ist hier nicht, wie Miescher S. 181 meint, die Negation der Gemeinschaft, die in der Behauptung der Dejection u. s. w. liegt. Denn sonst müßte das gleiche Verfahren auch dann eintreten, wenn der nicht besitzende Provocat das Miteigenthum des besitzenden Provocanten leugnet. Jener Grund ist vielmehr darin zu suchen, daß der bloße Mitbesitz eine geeignete Grundlage der Theilungsklage nur dann bildet, wenn er in Beziehung auf alle Besitzquoten gegenüber sämmtlichen Gemeinschaftern possessio iusta ist. Eben deshalb aber ist im Gegensatze zu Miescher die Entscheidung der l. 7 §. 5 auf den Fall zu beschränken, wenn der Provo-

Den Gegenstand der fructus licitatio bildete in beiden Fällen ohne Zweifel die streitige Besitzquote. Auf welche

---

cat behauptet, der Provocant habe ihm vitio den Alleinbesitz entzogen oder doch den Besitz einer größern Quote, als zu welcher er ihm mittels der Provocation den Mitbesitz zuerkennt. Beansprucht dagegen der Provocat nur den Besitz eben der Quote, zu welcher der Provocant ihm denselben zugesteht, so erkennt er diesen damit zu der übrigen Quote als iustus possessor an, während für die ihm selbst iniuste entzogene Quote das zuständige Interdict hinsichtlich der Hauptsache gegenstandslos geworden ist: in der Provocation liegt insoweit schon die Restitution des Besitzes, die also nicht erst durch das Interdict erzwungen zu werden braucht.

Wesentlich anders versteht Rümelin a. a. O. S. 111 f. die l. 7 §. 5 cit. Er geht von dem gewiß richtigen Satze aus, daß ein Alleinbesitzer nicht zu einem ideellen Theile dejicirt werden kann, und folgert daraus, die exceptio vitiosae possessionis l. c. könne nicht den Sinn haben, daß Kläger dem Beklagten gegenüber fehlerhaft besitze, müsse vielmehr darauf beruhen, daß der Provocant einem Dritten den Besitz vitio entzogen habe. Indessen ist für die exceptio vitiosae possessionis, welche sich sonst bekanntlich auf die Person des frühern Besitzers beschränkt, als exceptio de iure tertii eine sachliche Berechtigung nicht ersichtlich. Sofern bei dem von Rümelin vorausgesetzten Thatbestande der Provocat seine Besitzquote durch Tradition seitens des Provocanten erworben hat, würde er hinsichtlich dieser Quote nach römischem Rechte einer Besitzklage jenes Dritten selbst dann nicht ausgesetzt gewesen sein, wenn er beim Besitzerwerbe das vitium im Besitze seines Tradenten gekannt hätte. Und vollends hätte er eine solche Klage nicht zu fürchten, wenn ihm infolge der actio communi dividundo die Besitzquote des Tradenten adjudicirt ist; umgekehrt würde er, wenn seine eigne Besitzquote diesem adjudicirt ist, ihm nicht für deren Eviction durch jenen Dritten haften. Um so mehr aber würde die iniusta possessio des Provocanten den Provocaten unberührt lassen, wenn er seine Quote nicht erst durch Tradition von diesem, sondern anderswoher iuste erworben hat.

Weise der plus licitans in den einstweiligen Besitz dieser Quote gesetzt wurde, das läßt sich verschieden denken. Hatte er bisher die Detention des Grundstücks inne, so wurde ihm nunmehr wohl der Fruchtbezug auch für die streitige Quote überlassen; hatte er die Detention nicht inne, so wurde vielleicht entweder diese ihm eingeräumt mit der durch Realcaution gesicherten Auflage, den Fruchtbetrag der von ihm dem Gegner zugestandenen Besitzquote dem Letztern zukommen zu lassen; oder es verblieb die Detention zwar dem Gegner, jedoch unter der ebenso gesicherten Auflage, dem plus licitans den Fruchtbetrag der streitigen Besitzquote zuzuwenden. Wie dem aber auch gewesen sein mag: das dürfen wir als sicher betrachten, daß der Prätor Wege zu finden wußte, das Verfahren in geeigneter Weise durchzuführen.

Beanspruchte dagegen keine Partei eine größere Quote des Besitzes, als die andre ihr zuerkannte, so wird sich wegen der dem Gegner zugestandenen Quote keine auf die cetera ex interdicto eingelassen haben. Demnach konnte es in diesem Falle höchstens zum interdictum secundarium kommen. Und zwar konnte dies, da jeder Theil dem andern die von diesem beanspruchte Quote des Besitzes zuerkennt, nur das interdictum secundarium prohibitorium sein.

Worin aber besteht eine interdictswidrige Störung des, seinem Dasein nach anerkannten, Mitbesitzes?

Das versteht sich von selbst, daß keine Handlung als Störung des Mitbesitzes gelten kann, die, von einem Dritten

---

Uebrigens erscheint auch Rümelins Schlußfolgerung verfehlt. Zwar kann der Alleinbesitzer nicht zu einer ideellen Quote dejicirt werden; wohl aber kann ein Mitbesitzer dejicirt werden. Er hört dann freilich auf, Mitbesitzer zu sein; allein l 7 §. 5 sagt in der That gar nicht, daß der Provocat dies sei.

vorgenommen, eine Besitzstörung überhaupt nicht enthält. Umgekehrt dagegen erscheint es nicht minder selbstverständlich, daß manche Handlungen, die von einem Dritten vorgenommen als Besitzstörung gelten müßten, es nicht sind, wenn ein Mitbesitzer sie vornimmt. Die Richtschnur für das in dieser Hinsicht dem Mitbesitzer Erlaubte läßt sich nur aus dem Wesen der im gemeinsamen Besitze gegebenen Gemeinschaft entnehmen.

Der römischen Auffassung der Gemeinschaft entspricht es, daß eine jede willkürliche Handlung, welche den Gegenstand der Gemeinschaft irgendwie verändert, oder sonst die Verfügung über denselben beeinträchtigt, nur unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung sämmtlicher Gemeinschaftsgenossen geschehen darf, denn eine derartige Handlung greift auch in die Rechte der Gemeinschafter ein[80]). Daraus folgt, daß ein Mitbesitzer den Besitz der andern stört, wenn er ohne deren Zustimmung eine solche Handlung vornimmt; sowie umgekehrt, daß es als Störung im Mitbesitze nicht gelten kann, wenn der eine Mitbesitzer den andern an einer Handlung der geschilderten Wirkung verhindert, die dieser ohne seine Zustimmung vornehmen will.

Anderseits liegt in der gegenseitigen Anerkennung der Gemeinschaft für jeden Theilnehmer selbstverständlich und unwiderruflich die Ermächtigung zu allen Verfügungen, welche zwecks Erhaltung des Gegenstandes der Gemeinschaft, zur Durchführung der unter Zustimmung aller Gemeinschafter begonnenen Benutzungsweise (z. B. der Beerntung eines unter dieser Zustimmung bestellten Ackers), oder aus anderen Gründen (z. B. infolge polizeilicher Anordnung) geboten sind. Daraus aber folgt, daß eine Störung im Mitbesitze vorliegt, wenn ein Theil-

80) Vgl. Miescher a. a. O. S. 167 ff.

haber den andern an einer in dieſem Sinne nothwendigen Verfügung über die gemeinſchaftlich beſeſſene Sache verhindert; ſowie umgekehrt, daß die Vornahme einer derartigen Verfügung gegen den Widerſpruch des Mitbeſitzers eine Beſitzſtörung nicht enthält.

Dieſen Fall betrifft l. 12 D. comm. div. 10, 3:

Ulp. lib. 71. ad ed.

Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire[81]) vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto Uti possidetis experimur.

Den erſterwähnten Fall der Störung des Mitbeſitzes, nämlich die eigenmächtige Vornahme einer nicht nothwendigen Handlung, welche die gemeinſam beſeſſene Sache verändern würde, behandelt l. 3 §§. 1 sq. D. de O. N. N. 39, 1:

Ulp. lib. 52 ad ed.

Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit adversus vicinum. plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio vel per praetorem. §. 2. Quod si socius meus in communi insula opus novum faciat, et ego propriam habeo, cui nocetur, an opus novum nuntiare ei possim? et putat *Labeo* non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est vel per praetorem vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est.

Freilich wird das prohibere per praetorem, von dem ſowohl in §. 1 als in §. 2 cit. die Rede iſt, von vielen Auslegern auf das interdictum Quod vi aut clam bezogen, ſo namentlich von Stölzel[82]).

81) Vgl. l. 32. l. 35—37 D. de damno inf. 39, 2.

82) Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam S. 68 ff.

Gegen dieſe Beziehung ſpricht indeſſen zunächſt die Thatſache, daß das Quod vi aut clam reſtitutoriſch iſt, nicht prohibitoriſch: indem der Prätor es ertheilt, verbietet er nicht eine erſt beabſichtigte Aenderung an Grund und Boden, ſondern gebietet die Beſeitigung einer bereits vorgenommenen. Es läßt ſich alſo die Erwirkung dieſes Interdictes nicht füglich bezeichnen als ein prohibere per praetorem. Das Gegentheil ergiebt ſich auch keineswegs aus l. 6 §. 1 D. si serv. 8, 5[83]). Wenn hier der nämliche Ulpian ſagt: aedificantem me prohibere potest (sc. adversarius) et civili actione et interdicto Quod vi aut clam — ſo verſteht er unter der Verhinderung nicht den wirklichen Gebrauch der genannten Rechtsbehelfe, ſondern die Drohung mit ihrem Gebrauche, der den Bauenden zur Wiederherſtellung des widerrechtlich von ihm geänderten Zuſtandes nöthigen würde.

Eben hieraus aber ergiebt ſich weiter, daß Stölzel irrt, wenn er meint, das prohibere iudicio communi dividendo und per praetorem könnten nur dann als ausreichende Schutzmittel im Sinne Ulpians gelten, d. h. als ſolche, welche die operis novi nuntiatio in allen Fällen erſetzten, wenn man unter dem prohibere per praetorem nicht das Uti possidetis verſtehe, ſondern das Quod vi aut clam. Gerade umgekehrt vermag dieſes Interdict nur gegen eine bereits eingetretene Veränderung Hülfe zu gewähren, niemals aber eine erſt beabſichtigte zu ver-

83) Ulp. lib. 17. ad ed.: Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto Quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impedierit, sed (et *del.* M.) si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.

hindern, wie das Uti possidetis. Ebenso bezweckt die actio communi in l. 3 §§. 1 sq. cit. nicht sowohl, wie Stölzel annimmt, einen durch die ausgeführte bauliche Veränderung vom Gegner bereits angerichteten Schaden zu ersetzen oder den frühern Zustand herzustellen, als vielmehr vom arbiter communi dividundo ein Verbot jeder eigenmächtigen Veränderung des bisher gemeinsamen Hauses bis zur Auflösung der Gemeinschaft zu erlangen. Völlig verkennt Stölzel die Bedeutung des Uti possidetis für den in l. 3 §. 2. behandelten Fall. Er will dem socius diesen Rechtsbehelf wegen einer eigenmächtigen Veränderung am gemeinschaftlichen Hause, die sein eignes Haus benachtheiligt, nur dann gewähren, wenn er Besitzer des letztern Hauses ist, und zugleich jene Veränderung eine Störung im Besitze dieses Hauses enthält. In Wahrheit steht dem socius jener Veränderung wegen das Uti possidetis deshalb zu, weil sie ihn im Mitbesitze des gemeinschaftlichen Hauses zu beeinträchtigen droht; und da sie dies stets thut, so hat er das Uti possidetis ihretwegen stets[84]).

Das Uti possidetis zum Schutze einer ideellen Quote des Besitzes setzt in seiner Anwendung sowohl gegen einen Dritten, als gegen einen Mitbesitzer voraus, daß diese Quote objectiv wie subjectiv feststeht; eine pars incerta pro indiviso kann ebenso wenig Gegenstand des Besitzes sein, als eine pars incerta pro diviso[85a]): der thatsächliche

84) Auf die l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp. lib. 52. ad ed.) berufe ich mich nicht, um die im Texte angenommene Deutung des Ausdrucks per praetorem prohibere auf das Uti possidetis zu rechtfertigen. Denn auch in dieser Stelle ist jene Deutung bestritten; und jedenfalls ist aus ihr ein zwingender Schluß auf die Deutung des gleichen Ausdrucks in l. 3 §§. 1 sq. cit. nicht zu entnehmen.

85a) L. 3 §. 2 D. de a. p. 41, 2: (Paul. lib. 54. ad ed.) Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente

Dienſt einer Sache zu einer ungewiſſen Quote iſt undenkbar. Die Unzuläſſigkeit des Uti possidetis für eine pars incerta beruht alſo auf dem Weſen des Beſitzes. Anders verhält es ſich mit dem Eigenthume, der rechtlichen Herrſchaft über eine Sache: dieſe kann ſehr wohl zu einer Quote erworben werden, welche zur Zeit noch unbeſtimmt iſt. Die Nothwendigkeit, die rei vindicatio partis pro indiviso auf eine certa pars abzuſtellen, iſt demnach durchaus nicht eine logiſche, ſondern lediglich eine proceßpolitiſche. Eben deshalb läßt ſie da Ausnahmen zu, wo die Anſtellung der vindicatio partis erforderlich iſt, dem Kläger jedoch die genaue Angabe der Quote nicht zugemuthet werden darf[85b]). Solche Ausnahmen finden namentlich ſtatt zur Geltendmachung eines Eigenthumslegates, welches infolge der lex Falcidia[85c]) oder aus einem ähnlichen Grunde[85d]) einen Abzug erleidet,

---

sis ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. L 26 eod.: (Pompon. lib. 26. ad Q. Muc.) Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: „quidquid mei iuris in eo fundo est“: nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest. L. 32 §. 2 D. de usurp. 41, 3 (ſ. unten S. 557).

85b) Dies gilt auch für die vindicatio hereditatis. L. 1 §. 5 D. si pars 5, 4.

85c) L. 76 §. 1 D. de R. V. 6, 1. l. 8 §. 1 D. comm. div. 10,3.

85d) So beim Legate des fundus dotalis, wenn dieſes deshalb einen Abzug erleidet, weil die damit belaſtete Ehefrau als Erbin nicht den ganzen Betrag ihrer Dos zurückerhält — l. 13 §. 4 D. de fundo dot. 23, 5; ſo ferner beim legatum peculii, bei dem das Eigenthum der Peculiarſachen wegen der Schulden des Peculieninhabers an den Gewalthaber einen

deſſen Höhe der Legatar zu ermitteln nicht in der Lage iſt[85e]). Es leuchtet ein, daß eine analoge Anwendung dieſer Fälle der vindicatio incertae partis für das Uti possidetis völlig unmöglich iſt[85f]).

Eine andere Frage iſt es, ob die Mehreren, welche zuſammen ſich auf dem nämlichen Grundſtücke in der Weiſe aufhalten, daß jeder einerſeits den Beſitz am ganzen Körper des Grundſtücks haben will, anderſeits aber die übrigen als Mitbeſitzer anerkennt, ohne daß jedoch ein Einverſtändniß über die Concurrenzquoten beſteht, Dritten gegenüber das Uti possidetis mit Erfolg gebrauchen können.

Daß ein Einzelner von ihnen es nicht kann, iſt außer allem Zweifel. Aber auch dann, wenn ſie zuſammen mit jenem Rechtsbehelfe auftreten, handelt es ſich ungeachtet des gemeinſamen Verfahrens in Wahrheit doch um ebenſo viel ſachlich einander gegenüber ſelbſtändige Klagen, als Kläger vorhanden ſind; ein jeder von ihnen muß deshalb ſeinen Klaganſpruch ebenſo begründen, wie wenn er mit

---

Abzug erleidet — l. 8 §. 1 cit. D. comm. div. 10, 3. vgl. l. 6 pr. D. de pec. leg. 33, 8.

85e) Ein andrer Fall einer vindicatio eines incertum iſt die Vindication der Quantität, welche aus einer ohne den Willen ſämmtlicher Eigenthümer zuſammengeſchütteten Kornmaſſe dem einzelnen dieſer Eigenthümer zuſteht. l. 5 pr. D. de R. V. 6, 1.

85f) A. M. Mieſcher a. a. O. S. 204 f. mit der Begründung: „Da die Vindication hauptſächlich auf Herausgabe des Beſitzes gerichtet, und das Urtheil auf Reſtitution desſelben, alſo auf Tradition abzuſtellen iſt, ſo muß hier ein rechtlich geſtatteter Beſitz einer incerta pars entſtehen. Und auf einen ſolchen wird auch im Beſitzſtreit der Richter irgend wie Rückſicht zu nehmen haben." Mieſcher hat hierbei überſehen, daß vor dem Urtheile im Vindicationsproceſſe (im claſſiſchen Proceſſe vor der pronuntiatio) die Ungewißheit beſeitigt ſein mußte, deren wegen eine intentio incerta geſtattet worden war.

demſelben als Kläger allein aufgetreten wäre: und dies iſt ja eben unmöglich[85s]).

Außer dem Uti possidetis läßt ſich, ſoviel ich ſehe, noch an zwei andre Rechtsfolgen denken, welche aus der Annahme ſich ergeben würden, daß jene Mehreren zuſammen den Beſitz des Grundſtücks haben, — nämlich an die Uſucapion und an den Fruchterwerb.

Für die Uſucapion iſt bekanntlich, abgeſehen von den Fällen, in welchen der Beſitz ohne den Willen des Beſitzers erworben wird, der gute Glaube in der eignen Perſon deſſen erforderlich, dem die Uſucapion zu gut kommen ſoll[85ss]). Daraus folgt, daß, von jenen Fällen abgeſehen, niemand für einen Dritten uſucapiren kann. Aber es kann auch auf Grund eines mit allen übrigen Erforderniſſen der condicio usucapiendi ausgeſtatteten Beſitzes niemand für ſich ſelbſt uſucapiren, wenn er nicht weiß, wie weit eben dieſer Beſitz geht[85h]). Uebrigens iſt es kaum denkbar, daß jene mehreren Inhaber des Grund-

---

85s) Mieſcher a. a. O. S. 203 f.

Dagegen bietet m. E. die Ungewißheit über die Beſitzquote des einzelnen jener Mehreren kein Hinderniß für die Vindication eines Dritten. Denn die Paſſivlegitimation für dieſe Klage liegt nicht im juriſtiſchen Beſitze, ſondern in der Detention, nämlich in der damit gegebenen restituendi facultas. L. 9 D. de R. V. 6, 1. Wird einer jener Mehreren mit der Vindication belangt, ſo kann er freilich wegen der Ungewißheit der Beſitzantheile hinſichtlich keines ſeiner vermeintlichen Mitbeſitzer eine wirkſame laudatio auctoris vornehmen. Irrig zieht Mieſcher a. a. O. S. 203 l. 20 §. 1 D. de interr. i. i. 11, 1 auf die Paſſivlegitimation zur rei vindicatio. Vgl. O. E. Hartmann, über das römiſche Contumacialverfahren S. 184 ff. Demelius, die confessio §. 25 S. 322 ff.

85ss) Windſcheid, Lehrb. Bd. 1 §. 177 unter 3.

85h) L. 4 D. pro empt. 41, 4. Meiſcheider, Beſitz und Beſitzſchutz S. 217 f.

stücks während der zur Usucapion erforderlichen Zeit nicht zu einer Feststellung ihrer Besitzantheile gelangen sollten; und da diese Feststellung wohl kaum anders erfolgt, als so, daß sie auf den Beginn der gemeinsamen Innehabung zurückbezogen wird, so hat nach dieser Seite unsre Frage keine praktische Bedeutung.

Eben die letzte Bemerkung gilt auch hinsichtlich des Fruchterwerbs. Selbst zwecks wirthschaftlicher Verwerthung der ohne eigne Arbeit als reines Naturgeschenk gewonnenen Früchte werden jene mehreren Inhaber des Grundstücks sich über ihr Concurrenzverhältniß alsbald verständigen müssen; und noch unumgänglicher ist dies hinsichtlich der künftigen Nutzbarmachung des Grundstücks. Wären jedoch einmal vor der Verständigung über die Eigenthumsantheile an den natürlichen Früchten diese in dritte Hand gerathen, so würde deren Vindication zwar nicht die formelle Unzulässigkeit einer vindicatio incertae partis entgegenstehen, wohl dagegen die Unmöglichkeit, den Eigenthumserwerb jedes Einzelnen nachzuweisen, da dieser sich doch nur auf den Besitz einer bestimmten ideellen Quote des ertragenden Grundstücks stützen könnte.

So haben wir uns überzeugt, daß die Annahme eines gemeinsamen Besitzes jener Mehreren nach keiner Seite hin eine Rechtswirkung hervorzurufen geeignet ist. So selbstverständlich diese Annahme der laienhaften Anschauung erscheinen mag, so wenig darf der Jurist ihr stattgeben.

Und nunmehr haben wir die richtige Würdigung einer Stelle gewonnen, aus der man häufig genug herausgelesen hat, daß von jenen Mehreren zwar kein einzelner eine Quote besitze, wohl aber alle gemeinsam den ganzen Besitz haben[85]).

85[1]) Vgl. die von einander unabhängigen Darstellungen dieser Streitfrage bei Miescher a. a. O. S. 201 ff. und bei Meischeider a. a. O. S. 215 ff. und weitere Literaturangabe bei Windscheid, Lehrb. Bd. 1 §. 152 N. 12.

L. 32 §. 2 D. de usurp. 41, 3:

Pompon. lib. 32. ad Sab. Incertam partem possidere nemo potest: ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere *Labeo* scribit.

Pomponius geht von dem Satze aus, daß niemand eine pars incerta besitzen könne. Aus diesem Grunde (ideo) fährt er fort, schreibt Labeo, besitze von den mehreren auf einem Grundstücke befindlichen Personen, die nicht wissen, welche Quote jede einzelne von ihnen besitze, gemäß der lautern (d. h. von einer laienhaften Anschauung nicht getrübten[85ii]) Rechtsconsequenz keine.

Hiernach scheint mir jeder Zweifel daran unstatthaft, daß Pomponius, der die Ansicht Labeos als eine Folge seines eignen Vordersatzes anführt, diese Ansicht billige; und eben diese Ansicht ist von Justinian aufgenommen[85k]).

85ii) Vgl. l. 13 §. 4 D. de a. p. 41, 2 (s. unten §. 1851 Ziffer 4 vor N. 57) v.: sed subtilius est, wo die subtilitas eben auch die Folgerichtigkeit der Rechtsanschauung bezeichnet.

85k) Damit verträgt es sich m. E. recht gut, daß das heutige Rechtsleben Gemeinschaftsverhältnisse kennt, in denen die Genossen ohne bestimmte Antheile „zur gesammten Hand" besitzen: hier ist die Gemeinschaft als solche als Subject des Besitzes zu betrachten. Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 1 §. 169 N. 11.

Schwerlich würde man an der mera subtilitas der l. 32 §. 2 cit. so großen Anstoß genommen haben, wenn man die Fälle, in denen sie der natürlichen Billigkeit zu widersprechen scheint, einer unbefangenen Prüfung unterzogen hätte. v. Savigny, Recht des Besitzes §. 22 7. Aufl. S. 262 f. N. 4 a. E. führt zu l. 32 §. 2 cit. folgendes Beispiel an. „Gajus, der Besitzer eines Grundstücks, stirbt. Sejus und Titius wissen, daß sie die einzigen Erben sind, aber nicht, zu welchem Theile ein jeder eingesetzt ist, da sie das Testament noch nicht gesehen

Von selbst versteht es sich übrigens, daß die Dejection jener Mehreren für sie ebenso wenig das interdictum Unde vi begründet, als ihnen bei Fortbestand ihres thatsächlichen Verhältnisses zum Grundstücke das Uti possidetis zusteht.

---

haben. In dieser Ungewißheit ergreifen sie den Besitz. Der Subtilität nach wäre keiner von beiden Besitzer." Ist es etwa in der That so hart, wenn ihnen der Besitz solange abgesprochen wird, bis sie das Testament eingesehen oder sich einstweilen auch ohne dessen Einsicht über ihre Besitzantheile verständigt haben? Eignet sich vorher ein Dritter den Besitz an, so können sie sich freilich eines possessorischen Interdictes nicht bedienen, gleichwohl sind sie keineswegs auf die rei vindicatio oder eine andre petitorische Klage beschränkt. Wenn jener Dritte selbst Erbe zu sein glaubt oder wissentlich ohne Rechtsgrund den Besitz ergriffen hat, so haftet er, da ja das Grundstück bis dahin besitzlos gewesen ist, den Erben als possessor pro herede oder pro possessore mit der hereditatis petitio auf den bloßen Nachweis hin, daß der Erblasser bei seinem Tode Besitzer gewesen ist; und nach l. 3 Cod. quor. bon. 8, 2 haftet er mit dem Quorum bonorum auch dann, wenn er auf einen Singulartitel sich eigenmächtig den Besitz genommen hat. S. Thl. 3 dieser Serie des Commentars §. 1843. — Auch v. Jherings Civilrechtsfall Nr. XCV hat nichts Bedenkliches. Die Fischer zweier Boote, die von verschiedenen Seiten ausgefahren sind, um einen todten Walfisch zu occupiren, begegnen sich auf dem Rücken des Thieres, wo sie in Streit über die Beute gerathen. Die Fischer eines dritten Bootes übernehmen es, den Fisch für die Streitenden ans Land zu bringen, weigern aber, nachdem diese sich geeinigt haben, die Herausgabe des Fisches, indem sie behaupten, ihrerseits durch Occupation des bis dahin herrenlosen, weil besitzlosen, Thieres dessen Eigenthümer geworden zu sein. Allerdings würde es das Billigkeitsgefühl empfindlich verletzen, wenn die Rechtsconsequenz zur Anerkennung dieser Behauptung zwänge. Allein dem ist in der That nicht so! Ungeachtet der Herrenlosigkeit des Fisches waren nämlich die

21. Als prohibitorisches Interdict unterliegt das Uti possidetis primarium selbstverständlich einer zeitlichen Beschränkung für seine Erwirkung nicht: es richtet sich ja stets nur gegen künftige Störung des Besitzes. Demnach kann in l. 1 pr. h. t. der Satz:

> neque pluris, quam quanti ea res erit, intra anuum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam —

nicht wohl von Ulpian geschrieben sein: aller Wahrscheinlichkeit nach hat er vielmehr in seiner ursprünglichen Fassung gehandelt von der zeitlichen Beschränkung entweder der Doppelsponsionen aus dem interdictum primarium, oder der sponsio aus einem der interdicta secundaria oder aus beiden, oder endlich aller dieser Sponsionen[86]) Jedenfalls kann es kaum zweifelhaft sein, daß sie alle nur innerhalb eines annus utilis nach einem bestimmten Zeitpunete abgeschlossen werden konnten, nämlich die Doppelsponsionen ex interdicto primario innerhalb eines Jahres, nachdem der plus licitans das ihm infolge seines Höchstgebotes Obliegende gethan hatte; die sponsio ex interdicto secundario restitutorio innerhalb eines Jahres ex interdicto reddito; die sponsio ex interdicto secundario prohibitorio endlich innerhalb eines Jahres, nachdem der Impetrat eine Handlung adversus edictum begangen hatte[86a]).

Fischer des dritten Bootes gar nicht in der Lage, ihn pro suo zu occupiren; ihnen steht der Satz entgegen: nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest. Sie haften aus dem Vertragsverhältnisse, auf dessen Grund die Fischer der ersten Boote ihnen den Körper des Fisches überlassen haben, auf dessen Rückgabe.

86) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 b Ziffer 77 S. 496 ff.

86a) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 b Ziffer 78 S. 506 f., Thl. 2 §. 1838 c Ziffer 97 S. 201.

War die Frist für die Eingehung der Doppelsponsionen unbenutzt abgelaufen, so blieb der kraft der fructus licitatio begründete Zustand maßgebend: der Höchstbieter galt als iuste ab adversario possidens; zum Schutze dieses seines Besitzes konnte und mußte er nunmehr auch wider den alten Gegner von neuem das Uti possidetis impetriren[86b]). Die zeitliche Beschränkung für die sponsio ex interdicto secundario restitutorio bewirkte, daß nach Ablauf des annus utilis ohne Abschluß der Sponsion der Impetrant Besitzansprüche wider den Gegner nicht mehr geltend machen konnte, dieser mithin auch ihm gegenüber als iustus possessor gelten mußte. Der unbenutzte Ablauf des für die sponsio ex interdicto secundario prohibitorio gesetzten Jahres nahm dem Impetranten an sich nur die Befugniß, die einzelne stattgehabte Störung zu verfolgen, deren wegen er die Sponsion hätte fordern können. War er also im Besitze geblieben, so war es ihm unbenommen, wegen jeder spätern, auch ganz gleichartigen, Störung auf eine Sponsion zu dringen. Hatte dagegen die verjährte Störung ihm den Besitz entzogen, so war er jetzt außerstande, seines frühern Besitzes halber überhaupt Ansprüche zu erheben[86c]). Ebenso muß eine dauernde Veränderung behandelt werden, welche, vom Impetraten selbst auf dem Grundstücke des Gegners gemacht, durch ihren Fortbestand dessen Besitz schmälert, ohne den eignen Besitz ihres Urhebers umzugestalten: infolge dieser Veränderung hat der Impetrat dem Gegner dessen Besitz zum Theil entzogen. Und zwar findet die zeitliche Beschränkung für die Verfolgung dieser Veränderung mittels des secundarium prohibitorium nicht nur statt, wenn jene Veränderung bereits vor Erlaß des inter-

---

86b) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838c Ziffer 95 S. 177.

86c) S. das. Ziffer 97 S. 201 f.

dictum primarium gemacht worden war[86a]), ſondern auch wenn ſie erſt ſpäter erfolgt ſein ſollte, und zwar ſowohl, wenn dies noch vor Erwirkung des secundarium geſchehen iſt, als wenn es erſt hinterher geſchehen iſt. M. a. W. der Impetrant vermag nach Jahresfriſt auf Grund ſeines früher ungeſchmälerten Beſitzes die Beſeitigung jener Veränderung nicht mehr zu erzwingen. Ein Unterſchied liegt nur darin, daß gegenüber einer derartigen vor Erlaß des secundarium gemachten Veränderung das Jahr gleich mit Erlaß des secundarium zu laufen beginnt, gegenüber einer erſt ſpäter gemachten dagegen erſt von dem Augenblicke ihrer Beendigung.

22. Zu erörtern bleibt noch der Uebergang des Uti possidetis auf und gegen die Erben der Perſonen, zwiſchen denen es ſtatthaft geweſen wäre, aber nicht erwirkt worden iſt.

Das Interdict ſchützt den gegenwärtigen Beſitzer ſowie denjenigen, der es ſein würde, wenn nicht der Gegner vitio von ihm beſäße. Nun vererbt ſich der Beſitz nicht: es verſteht ſich alſo von ſelbſt, daß der nicht beſitzende Erbe das Uti possidetis nicht deshalb erwirken kann, weil ſein Erblaſſer als Beſitzer es hätte erwirken können. Hat aber der Erbe den Beſitz des Grundſtücks erworben, welches vor ihm der Erblaſſer beſeſſen hatte, ſo ſteht das Interdict ihm aus eigner Perſon zu, nicht kraft Erbrechtes. Ebenſo ſelbſtverſtändlich iſt es, daß der Erbe das Interdict nicht deshalb gebrauchen kann, weil der gegenwärtige Beſitzer vitio vom Erblaſſer beſitzt: denn dem Erben gegenüber beſitzt er iuste[87]).

86a) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1837b Ziffer 79 S. 514f.

87) S. Thl. 1 dieſer Serie des Commentars §. 1835 Ziffer 11 S. 78f.

Indeſſen war ſchon von jeher der Erbe nicht ſchlechthin auf die petitoriſche Specialklage (rei vindicatio, Publiciana, hypothecaria in rem actio) beſchränkt, um den Beſitz einer Sache zu erlangen, die der Erblaſſer bei ſeinem Tode beſeſſen, hinterher jedoch ein Dritter in Beſitz genommen hatte. Dieſer Dritte haftete vielmehr mit der hereditatis petitio auf Herausgabe des Beſitzes, ja ſogar auf Herausgabe des Beſitzes an ſolchen Sachen, an denen der Erblaſſer nur die Detention gehabt hatte, ſelbſt nur die Detention als bloßer Beſitzgehülfe, z. B. als Depoſitar eines Dritten. Und in gleicher Weiſe diente von Alters her das interdictum Quorum bonorum dem Erben des frühern Inhabers[87a]). Aber freilich waren beide Rechtsbehelfe im claſſiſchen Rechte nur ſtatthaft gegenüber einem Beſitzer pro herede vel pro possessore[88]). Doch wurde dem scriptus heres in der missio Hadrianea ein Rechtsbehelf gegeben, mittels deſſen er von jedem eigenmächtigen Occupanten einer Sache, die der Erblaſſer bei ſeinem Tode beſeſſen hatte, deren Herausgabe fordern durfte, ſelbſt wenn dem Occupanten ein gültiger Singulartitel auf den Beſitz zuſtand[88a]). Und die l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 (a° 395 = l. 3 Cod. Just. eod. 8, 2) hat das Quorum bonorum gegen jeden Beſitzer einer vom Erblaſſer bei deſſen Tode innegehabten Sache erſtreckt, der ſich eigenmächtig deren Beſitz angeeignet hat, während er wußte, daß er nicht der Erbe ſei[89]). Seit-

87a) S. darüber Thl. 3 dieſer Serie des Commentars §. 1841 Ziffer 7 S. 60 ff.

88) d. h. gegenüber demjenigen, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. Gai. IV, 144.

88a) S. Thl. 3 dieſer Serie §. 1842 Ziffer 9 S. 89.

89) Deshalb iſt in §. 3 J. de interd. 4, 15 das sine causa bei Gai. IV, 144 (ſ. N. 88) geändert in: nullo iure. S. Thl. 3 dieſer Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 4 S. 29 ff. §. 1843 Ziffer 10 S. 102.

dem nun die Glosse das Quorum bonorum dem Civilerben als solchem beigelegt hat, ist damit ein mehr als ausreichender Ersatz für die active Unvererblichkeit der interdicta retinendae possessionis gegeben.

Umgekehrt ist dem Uti possidetis der Erbe dessen nicht ausgesetzt, gegen den es mit Erfolg hätte erwirkt werden können. Daß das Interdict in seiner recuperatorischen Function passiv nicht vererbt, ergiebt sich wiederum aus der Unvererblichkeit des Besitzes. Der Erblasser würde allerdings dem Interdicte gehaftet haben, weil er iniuste vom Impetranten besaß. Der Erbe dagegen kann weder haften, wenn er besitzt: denn sein Besitz ist eben nicht vitio von dem Vorbesitzer seines Erblassers erworben; noch auch, wenn er nicht besitzt: denn gegenüber einem Nichtbesitzer ist das interdictum retinendae possessionis für einen selbst nicht besitzenden Impetranten überhaupt erfolglos. Aber das Interdict vererbt passiv auch nicht, sofern es auf Verbot künftiger Störung des gegenwärtigen Besitzes gerichtet ist, ebenso wenig, als die actio negatoria gegen den Erben dessen erhoben werden kann, der die Freiheit des Eigenthums bedroht hat. Denn die Bedrohung mit Störung des Besitzes und die Besitzstörung selbst als solche begründen eben so wenig eine Delictsobligation, als die Bedrohung mit Störung der Freiheit des Eigenthums.

Wie wir an einer frühern Stelle dieses Commentars[90]) gesehen haben, verliert der Erlaß der meisten prohibitorischen Interdicte seine Wirkung, wenn der Impetrant stirbt, bevor der Impetrat durch ein Zuwiderhandeln eine unbedingte Haftung begründet hat. Etwas Entsprechendes muß für das Uti possidetis primarium gelten, wenn diejenige Partei stirbt, welche ihrerseits das ihr Obliegende hin-

90) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838 Ziffer 88 S. 65, S. 69 f.

sichtlich der cetera ex interdicto gethan hat, während der Gegner eine vis adversus edictum noch nicht vorgenommen, oder zwar dies gethan hat, aber mit der Fortsetzung des doppelseitigen Verfahrens nicht bis zum Abschlusse der Doppelsponsionen vorgeschritten ist. In keinem Falle kann hier auf Grund des erfolgten Erlasses das Verfahren als doppelseitiges fortgesetzt werden. Ist es noch nicht zur interimistischen Regelung des Besitzstandes auf Grund der fructus licitatio gekommen, so bleibt jener Erlaß ganz wirkungslos. Hat die verstorbene Partei als plus licitans den interimistischen Besitz erhalten, so ist ihr Erbe als solcher freilich berechtigt, sich, und zwar nöthigenfalls mit den Rechtsbehelfen des Erben[91]), nunmehr in den Besitz zu setzen; allein von einer Fortsetzung des begonnenen Verfahrens kann nicht die Rede sein: die fructuaria stipulatio des Gegners ist gegenstandslos geworden, da sie nur verfällt, wenn der minus licitans in den Klagen aus den Doppelsponsionen Sieger bleibt[92]), dies aber unmöglich ist, weil keine Sponsionen eingegangen sind. War umgekehrt die verstorbene Partei der minus licitans, so behält der überlebende Gegner den Besitz, der ihm kraft seines Höchstgebotes zuertheilt ist, geradeso wie wir es in dem Falle angenommen haben, wenn die Frist für den Anspruch auf die Doppelsponsionen abgelaufen ist[93]).

Das Gleiche gilt, wenn umgekehrt vor Abschluß der Doppelsponsionen diejenige Partei stirbt, welche im Gegensatze zum Gegner mit den cetera ex interdicto im Rückstande war.

Ist es dagegen bereits vor dem Tode der einen Partei zum Abschlusse der Doppelsponsionen gekommen, so tritt nunmehr der Erbe jener Partei ohne weiteres in

91) S. oben S. 562.

92) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838c Ziffer 96 S. 181 f.

93) S. oben Ziffer 21 S. 560.

die Proceßstellung seines Erblassers ein. Doch muß die Möglichkeit einer Abweichung für den Fall anerkannt werden, wenn es dem Erben des plus licitans nicht gelingt, den, seinem Erblasser interimistisch zuertheilten, Besitz des streitigen Grundstücks zu erlangen.

War es beim Tode einer Partei schon gewiß, daß das begonnene Verfahren als doppelseitiges nicht fortgesetzt werden könne, dagegen zum Erlasse des geeigneten interdictum secundarium noch nicht gekommen, so kann ein solches in keinem Falle erwirkt werden. Der Erbe des Gegners ist dem restitutorium nicht ausgesetzt, das gegen seinen Erblasser mit Erfolg hätte erwirkt werden können; denn den Besitz, der allein es begründen könnte, ererbt er nicht, und wenn er ihn hat, so hat er ihn eben nicht als Erbe erworben[94]). Dem secundarium prohibitorium aber, das gegen seinen Erblasser durchaus berechtigt gewesen wäre, unterliegt er nicht, weil er den Besitz des Gegners nicht bedroht. Und umgekehrt steht dem Erben der verstorbenen Partei weder das secundarium restitutorium zu, noch das prohibitorium. Ersteres nicht, weil der Besitz des Gegners, den dieser dem Erblasser gegenüber nicht gehörig vertheidigt hat, freilich jenem gegenüber als ungerechtfertigt gelten mußte, nicht füglich jedoch auch gegenüber dessen Erben als ungerechtfertigt gelten kann, da der Gegner gar nicht in der Lage gewesen ist, seinen Besitz gegenüber dem Erben zu vertheidigen; — das Andre nicht, weil der Besitz des Erblassers auf dessen Erben nicht übergeht, mithin dieser, wenn er besitzt, nicht als Erbe besitzt.

Dagegen verliert das secundarium restitutorium, das der Erblasser bereits erwirkt hat, seine Kraft mit dessen

94) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 66 S. 380 f. vbd. mit §. 1836c Ziffer 54 S. 304.

Tode nicht: der dem Gegner ertheilte Befehl, dem Erblasser zu restituiren, hat für Letztern eine durchaus vererbliche Forderung begründet[95]) Das vom Erblasser erwirkte secundarium prohibitorium aber gewährt seinem Erben nur dann die Möglichkeit, zum agere ex interdicto vorzuschreiten, wenn das ausgesprochene Verbot bereits bei Lebzeiten des Impetranten verletzt worden war[96]).

Der Erbe des Impetraten ist durch das gegen diesen erwirkte secundarium restitutorium an sich gebunden, haftet jedoch nur, soweit der Besitz oder die Innehabung, worauf die Haftung beruht, bei ihm vorhanden oder schuldhafterweise nicht vorhanden ist[97]). Dagegen haftet aus dem secundarium prohibitorium, das gegen den Erblasser ergangen war, der Erbe nur dann, wenn jener das Verbot bereits verletzt hatte[98]).

§. 1851.

4. Das interdictum Utrubi[1]).

D. XLIII, 31. *Gai.* IV, §§. 148—153, 160. *Paul.* V, 6, 1. §§. 4—5 J. de interd. 4, 15. *Theophil.* paraphr. ad h. l. und zu §. 7 eod. *Cod. Theod.* IV, 23. *Basil.* LX, 17, 27.

---

95) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838 Ziffer 88 S. 65.

96) Vgl. das.

97) Vgl. das. S. 71.

98) Vgl. das. S. 72.

1) v. Savigny, das Recht des Besitzes §. 39 7. Aufl. S. 411 bis 421. v. Ihering, über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 72—96. Bruns, die Besitzklagen §§. 13f. S. 167—179. Meischeider, Besitz- und Besitzschutz S. 446—451. Pflüger, die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts S. 99—140. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 134—140. Lenel, das edictum perpetuum §. 264 S. 391 f.

1. Nach Gai. IV, 160 lautete die summa conceptio dieſes Interdictes ſo:

Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.

Etwas abweichend wird die Faſſung mitgetheilt in l. 1 pr. h. t.

Ulp. lib. 72. ad ed.:

Praetor ait: „Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.“

Darauf freilich wird kaum etwas ankommen, daß es bei Gaius heißt: „de quo agitur“ und „huius anni“, in l. 1 pr. dagegen: „quo de agitur“ und „huiusce anni“. Auffälliger aber iſt es, daß in der Ueberlieferung bei Gaius die, in l. 1 pr. h. t. fehlenden, Worte: „apud quem“ hinter agitur ſich finden.

Sie fehlen auch in der griechiſchen Paraphraſe des §. 7 J. de interd. 4, 15, wo der Wortlaut des Utrubi ſo angegeben und erläutert wird:

Utrubi vestrum servus ille, quo de agitur, maiore parte huius anni fuerit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. *παρ' ὁποτέρῳ ὑμῶν ὁ δεῖνα ὁ οἰκέτης, περὶ οὗ γίνεται ἡ ἐναγωγὴ, ἐν τῷ μείζονι μέρει τούτου τοῦ ἐνιαντοῦ ἦν, ὅπως οὗτος μὴ λάβῃ αὐτὸν, βιάν γενέσθαι κωλύω· τουτέστιν· οὐ βούλομαι αὐτὸν κωλυθῆναι, ὥστε λαβεῖν τοῦτον τὸν οἰκέτην, οὗ γέγονεν ἐν νομῇ ἐν πλείονι μέρει τοῦ ἐνιαντοῦ. Σκόπησον, πῶς καὶ ἐνταῦθα εἶπεν* Utrubi, *τουτέστι παρ' ὁποτέρῳ· οὐκ εἶπε· παρὰ σοί.*

Mit gewohntem Scharfblicke hat Schmidt[1a]) bemerkt, daß die Paraphraſe, die ihre Erklärung des Ausdrucks Utrubi durch *παρ' ὁποτέρῳ* ſo nachdrücklich betont, das daneben völlig überflüſſige apud quem als Formelwort nicht kennt.

1a) Interdiktenverfahren S. 185.

In der That sind diese Worte anstößig. Behält man sie bei, so „fehlt dem „Utrubi hic homo“ das Prädicat; fuit gehört zu apud quem, und auch aus dem „quo minus ducat“ kann der Utrubi-Satz nicht das ihm fehlende entnehmen[1b]).“

Huschke[2]) hat versucht, sie dadurch zu retten, daß er, hinter agitur ein fuit einschiebend, liest:

Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, fuit, apud quem vestrum nec vi nec clam nec precario ab altero maiore parte huius anni fuit.

Indessen vermag der Hinweis auf die, von Festus überlieferte, ältere Fassung des Uti possidetis mit ihrem Uti — possidetis — quod nec vi nec clam nec precario possidetis die doppelte Erwähnung der possessio (utrubi — fuit; apud quem fuit) schwerlich zu rechtfertigen. Treffend bemerkt Klein[3]): „— utrubi — fuit und apud quem maiore parte anni fuit passen nicht zu einander. Der Prätor hätte damit zu gleicher Zeit zwei sich widersprechende Befehle erlassen: Ductionserlaubniß zugunsten desjenigen, der den Sklaven irgend einmal gehabt (utrubi fuit), und zugunsten desjenigen, der ihn länger gehabt.“

Klein selbst[4]) läßt die Worte „apud quem“ als echt gelten, legt sie aber erst einer Fassung des Interdictes bei, die dieses infolge einer Veränderung seines ursprünglichen Zweckes erhalten habe.

Indem wir uns vorbehalten, an späterer Stelle[4a]) die Ausführungen des genannten Schriftstellers über den von ihm ersonnenen Entwickelungsgang des Utrubi zu widerlegen, begnügen wir uns hier damit, unsre Zu-

1b) So Klein a. a. O. S. 135.
2) In seiner Ausgabe des Gaius (Jurisprud. anteiust.) ad h. l.
3) A. a. O. S. 135.
4) A. a. O. S. 136 f.
4a) S. unten Ziffer 2.

ſtimmung zu der Anſicht Mommſens[5]) auszuſprechen, wonach die anſtößigen Worte als Gloſſem zu ſtreichen ſind.

Freilich laſſen ſie ſich als ſolches nur verſtehen, wenn ſie als Erläuterung zu Utrubi angeſehen werden[6]). Leſen wir jedoch mit Gai. IV, 160 und l. 1 pr. h. t. einfach: Utrubi hic homo etc., ſo ſcheint Kleins[7]) Einwurf berechtigt: „welch ein vernünftiger Anlaß war da für ein Gloſſem?“, und vollends, fügen wir hinzu, für ein Gloſſem, welches den auf die Parteien beſchränkten richtigen Ausdruck durch einen völlig unbeſtimmten und deshalb irreführenden erſetzen würde?

Nun aber fügt die Faſſung der Paraphraſe dem Utrubi ein „vestrum („ὑμῶν“) bei. Und mag immerhin dieſer Zuſatz nicht unbedingt nöthig erſcheinen, die Duplicität des Interdictes zu bezeichnen[8]), ſo gewinnt doch durch ihn das „is“ in dem Satze: quominus is eum ducat die ausdrückliche Beziehung auf eine der beiden vom Prätor angeredeten Perſonen, welche zum Verſtändniſſe des ohne perſönliche Bezeichnung ausgeſprochenen Verbotes des vim fieri faſt unentbehrlich erſcheint. Wir halten daher mit Schmidt das vestrum für echt[8a]). Und damit iſt zugleich verſtändlich geworden, woher jenes „apud quem“ gekommen iſt: es war eine Erläuterung zu „Utrubi vestrum“, die das „Utrubi“ in dieſem Zuſammenhange füglich erſetzt, die ſich aber ſpäter, und zwar an ungeeigneter Stelle, in den Text verirrt hat.

5) Nach der Bemerkung der Ausgabe von Krüger-Studemund zu Gai. IV, 160 ad pag. 240 v. 18. Zuſtimmend Lenel ed. perp. S. 391 f. N. 16.

6) Vgl. Huſchke a. a. O.: „attamen non ad Utrubi appositum est“ (sc. glossema).

7) A. a. O. S. 135.

8) Lenel ed. perp. S. 392 N. 1.

8a) Auch Huſchke (ſ. nach Note 2) hat das vestrum aufgenommen.

Auch hinsichtlich der beiden anderen Abweichungen dürfte übrigens die Lesart der l. 1 pr. h. t. vor derjenigen der veroneser Handschrift des Gaius den Vorzug verdienen.

Wie Gai. IV, 160 ausdrücklich nur die summa conceptio des Utrubi giebt, so ist dessen Fassung auch in l. 1 pr. h. t. und *Theophil.* ad §. 7 J. de interdict. 4, 15 zweifellos nur unvollständig mitgetheilt.

Gaius IV, 150 nämlich berichtet:

si vero de re mobili (sc. interdicitur), eum potiorem esse iubet (sc. praetor), qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possederit; idque satis ipsis verbis interdictorum[9]) significatur.

Und entsprechend heißt es in Paul. R. S. V, 6, 1:

— in altero (sc. interdicto i. e. Utrubi) vero potior est, qui maiore parte anni retrorsum numerati nec vi nec clam nec precario possedit.

sowie in §. 4[a] med. J. de interd. 4, 15:

— Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possidebat.

Wenn Klein[10]) behauptet, nach Ulpians eigner Angabe sei die Vitiositätsclausel erst hinterher ins Interdict gekommen, so beruht das auf einem argen Mißverständnisse der l. 1 §. 1 h. t.

---

9) In dem hier nicht mitgetheilten Eingange des §. 150 wird von der Vitiositätsclausel beim Uti possidetis gehandelt.

10) A. a. O. S. 134 und S. 139. An letzter Stelle findet sich auch ein schlimmes Mißverständniß der Aeußerung Meischeiders, Besitz und Besitzschutz S. 448 f., wonach die in l. 1 §. 1 h. t bezeugte Gleichstellung des Utrubi mit dem Uti possidetis nicht schon zu Ulpians Zeit geschehen ist. Klein liefet hieraus die Vermuthung, die Vitiositätsclausel sei erst nach Ulpians Zeit ins Utrubi gekommen.

Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet: sed obtinuit vim eius exaequatam fuisse Uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.

Diese, zweifellos interpolirte, Stelle sagt: Während früher mit dem Utrubi derjenige siegte, der im letzten Jahre vor Erlaß des Interdictes dem Gegner gegenüber die längere Zeit fehlerfrei besessen hatte, siegt jetzt derjenige, der im Augenblicke der Klagerhebung dem Gegner gegenüber fehlerfrei besitzt. Daß dies, und nichts Anderes der Sinn der Interpolation ist, erhellt ganz unwiderleglich aus ihrer Vergleichung mit §. 4ª i. f. J. de interd. 4, 15, der nach den vorhin mitgetheilten Worten fortfährt:

hodie tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti (sc. Uti possidetis und Utrubi) potestas, quantum ad possessionem pertinet, exaequata est, ut ille vincat in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.

Es ist, wie wir alsbald sehen werden, schlechterdings kein Grund vorhanden, der die Annahme rechtfertigte, ja nur als zulässig erscheinen ließe, daß die Vitiositätsclausel nicht von Anfang an im Interdicte gestanden haben sollte.

Hiernach dürfen wir als Wortlaut des Utrubi Folgendes hinstellen:

Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusci anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.

Durchaus unersprießlich ist die Vermuthung, das Utrubi habe nach Art des Uti possidetis ursprünglich die

Fassung gehabt: Utrubi hic homo — fuit, is eum ducat. Adversus ea vim fieri veto[10a]).

2. Wie Klein für das Uti possidetis eine Geschichte in vier Phasen ersonnen hat[11]), so hat er es auch mit dem Utrubi gethan[11a]). Während ihm aber für jene vermeintliche Geschichte des Uti possidetis die Ueberlieferung einer zweifachen Fassung wenigstens scheinbar einen sachlichen Anhaltspunct darbietet, hat er sich als Grundlage seines Hypothesenbaus für das Utrubi eine mehrfache Fassung dieses Interdicts erst selbst erdenken müssen.

Er geht dabei aus von den Gai. IV, 160 vorkommenden Worten „apud quem", die er, wie bereits erwähnt[12]), für echt hält. Indessen, meint er, sei die damit getroffene zweimalige Anwendung, die, statt eine Partei zur Duction zu legitimiren, eventuell beiden Theilen diese Erlaubniß gewährt[13]), kaum für möglich[14]), und überhaupt ein solcher zweimaliger Ansatz zur Bezeichnung des Ductionsberechtigten in einem so kurzen Decrete[15]) nicht für ursprünglich zu halten. Das sich Durchkreuzen der verschiedenen Bestimmung des Ductionsberechtigten trage ganz und gar das Mal historischer Succession und Veränderung in der Interdictsformel an sich. Lasse man

10a) Sie ist als „naheliegend" aufgestellt von Pfersche, die Interdicte des römischen Civilprozesses S. 76 N. 2 unter Bezugnahme auf Dernburg, Festgaben für Heffter S. 107.

11) S. oben §. 1850 Ziffer 2 S. 364 ff.

11a) Doch läßt er das Analogon seiner dritten Phase des Uti possidetis, in welcher dieses als außerprocessualisches Besitzschutzmittel dient, beim Utrubi ungewiß. S. 138 f.

12) S. oben Ziffer 1 zu N. 4.

13) Dies soll vermuthlich heißen: es von der Sachlage abhängig sein läßt, welcher von beiden Parteien diese Erlaubniß gewährt wird.

14) Eben deshalb ist das apud quem zu streichen.

15) Was wissen wir denn von seiner Kürze?

demnach das von Gaius in die summa conceptio aufgenommene apud quem als eine spätere Einschaltung gelten, so verschwinde damit das sprachliche Bedenken gegen diese Worte, das Klein selbst[16]) so richtig hervorgehoben hat[17]).

Scheide danach das apud quem für die älteste Fassung des Utrubi aus, so bleibe übrig: Utrubi hic homo .... quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Hätte nun das Interdict ursprünglich gelautet: Utrubi hic homo fuit, und die Veränderung in der Einschaltung des apud quem ... fuit bestanden, so wäre der selbständige Relativsatz nicht zu erklären. Zur formellen Durchführung der Neuerung, daß nicht mehr der die Sache wegnehmen durfte, der sie irgend einmal, sondern nur der, der sie maiore parte anni gehabt, hätte die Einrückung der Worte maiore parte huius anni genügt. Da diese kürzeste Lösung nicht erfolgt sei, so müsse man annehmen, daß ihr der mit Utrubi beginnende Satz Hinderniß bereitet habe. Auch habe das Utrubi fuit dann, wenn jede Partei das fuisse für sich habe anführen können, kein Vorzugsrecht begründet und sei deshalb als alleinige Bedingung des Ductionsbefehles nicht möglich gewesen[18]). Hiernach gebe es nur noch die Ergänzung des Satzes durch est; sie biete zugleich den Anknüpfungspunct an die prätorische Vindicienertheilung und den processualen Zwischenbesitz im Sinne vollendetster Analogie mit dem Uti possidetis. Wo der homo sei, habe der Prätor unmittelbar vor Erlaß des Utrubi nach seinem discretionären Ermessen mittels der Vindicienertheilung bestimmt. — Quod erat demonstrandum!

16) S. oben Ziffer 1 zu N. 1b.

17) In der That eine wunderliche Logik!

18) Eben deshalb sagte der Prätor: Utrubi hic homo, q. d. a., maiore parte huiusce anni fuit!

Verdient eine derartige, durch und durch willkürliche Ausführung überhaupt eine ernsthafte Widerlegung, so wird solche schon in dem gegeben sein, was wir oben[19]) gegen Kleins Luftgebilde des ursprünglichen Uti possidetis vorgebracht haben. Nur darauf weisen wir noch hin, daß es widersinnig gewesen sein würde, wenn der Prätor zur Bezeichnung des von ihm verliehenen Vindicienbesitzes hätte sagen wollen: Utrubi hic homo est. Denn es war ja eben nicht mehr ungewiß, bei welcher beider Parteien der Streitgegenstand sich befand, vielmehr ganz unzweifelhaft gewiß, daß er bei dem Vindicieninhaber war.

Hiermit fällt Kleins ganzes Hypothesengebäude in sich zusammen. Vollends im Hinblick auf das, was wir über seine zweite Phase beim Uti possidetis gesagt haben[20]), bedarf es einer Kritik der entsprechenden Phase beim Utrubi nicht. Wir erwähnen diese Phase nur deshalb, weil er in ihr die Erklärung für die Einschiebung des apud quem erblickt. Dem durch die individuelle prätorische Ueberweisung herbeigeführten esse habe der Prätor auch hier zunächst das aus der außergerichtlichen Entwickelung der Verhältnisse selbst hervorgegangene naturale esse der Zeit des Proceßbeginnes (vindic., contra vind.) substituirt und demnächst diese Anordnung durch die Beschränkung modificirt, daß der gegenwärtige Zustand nur dann Anrecht auf Conservirung gebe, wenn zum gegenwärtigen Besitze (Utrubi—est) der relativ längere Besitz während des letzten Jahres hinzukomme (apud quem — fuit[21]). Die für das Uti possidetis aufgestellte vierte Periode, in der es zur Zuerkennung der Beklagtenrolle diente, sei für das Utrubi durch Gaius IV, 148. 160

19) §. 1850 Ziffer 2 zu N. 19b ff. S. 366 ff.
20) S. oben §. 1850 Ziffer 2 S. 368 ff. zu N. 23 ff.
21) Klein S. 136.

constatirt. Das Utrubi aber habe, da doppeltes, gleichzeitiges possidere verschiedener Personen bei Mobilien undenkbar sei, in präparatorischer Form als doppelseitiges nur gewährt werden können, indem possidere zur Zeit des Interdictserlasses nicht gefordert, sondern das ganze letztverflossene Jahr als maßgebender Zeitraum angesehen worden sei, wie es die Ulpianische Redaction: Utrubi — fuit ausdrücklich sage. So sei denn das est als ein Opfer der Einführung der Doppelseitigkeit gefallen. In der Gaius-Formel sehe man die Bruchstelle noch ganz genau; die stilistische Ausgleichung sei erst später erfolgt[22]), d. h., wenn ich recht verstehe, jenes bedenkliche apud quem gestrichen.

Also Julian, dessen Redaction doch wohl dem Berichte des Gaius zugrunde liegt, hatte das ungehörige apud quem unbeanstandet stehen lassen! und, während wir sonst nicht das leiseste Zeugniß für eine Neuredaction des julianischen Edictes besitzen, hier sollen wir sie annehmen, einem Hirngespinste zuliebe?! Wir denken in der That zu zeigen, daß die einzige uns bezeugte Fassung des Utrubi von dessen erster Aufstellung bis zum Untergange des Interdictenverfahrens stets die nämliche und sehr verständliche Bedeutung gehabt hat. Und damit genug von einer Behandlung der Quellen, die als geistreich blenden mag, in Wahrheit aber eine traurige Verirrung wissenschaftlichen Scharfsinns bekundet!

3. Nach dem Wortlaute des Utrubi siegt mit ihm nicht sowohl diejenige Partei, welche bei Erlaß des Interdictes gegenüber der andern fehlerfreien Besitz hat, als vielmehr diejenige, die im letzten Jahre vor Erlaß des

22) Klein S. 137f.

Interdictes länger als der Gegner diesem gegenüber fehlerfrei besessen hat[23]).

Hat also im Laufe dieses letzten Jahres eine jede Partei zeitweis den Besitz des Streitgegenstandes gehabt, so ist zunächst darauf zu sehen, ob ihr Besitz den andern gegenüber fehlerfrei gewesen ist. Ein fehlerhafter Besitz kommt gegenüber dem Gegner überhaupt nicht in Betracht.

Hierbei ist übrigens nicht außer Acht zu lassen, daß der Eigenthümer seine Sache grundsätzlich weder clam noch precario besitzen kann[23a]) Gemäß unseren früheren Ausführungen, wonach im classischen Rechte der Eigenthümer, der ohne Anwendung von Waffen den Besitzer seines Grundstücks dejicirt, grundsätzlich nicht als vi possidens galt[23b]), glauben wir das Gleiche auch für den Eigenthümer einer beweglichen Sache annehmen zu dürfen, deren Besitz er sich zwar gewaltsam, aber ohne Waffen angeeignet hat. Der Besitz des Eigenthümers gilt m. a. W., sofern er nicht mit Waffengewalt erworben war, grundsätzlich stets als iusta possessio.

Anderseits ist der Begriff des clam possidens nicht auf den Dieb selbst beschränkt, sondern auch auf den Hehler erstreckt, ja, dem Eigenthümer gegenüber auf jeden, der wissentlich den Besitz einer fremden beweglichen Sache durch Tradition seitens des Nichteigenthümers erworben hat.

L. 40 §. 2 D. de a. p. 41, 2:

African. lib. 7. quaest. Servum tuum a Titio bona fide emi et traditum possedi, deinde, cum comperissem tuum esse, ne eum peteres, celare coepi. non ideo magis

23) Gai. IV, 150 (s. oben S. 570); Paul. V, 6, 4 (das.); §. 4ª med. J. de interd. 4, 15 (das.).

23a) L. 40 §. 3 D. de a. p. 41, 2 (s. oben §. 1848 Ziffer 11 S. 104 ff.).

23b) S. oben §. 1848 Ziffer 4 S. 20 ff.

hoc tempore clam possidere videri me ait: nam retro quoque, si sciens tuum servum non a domino emerim et, cum clam eum possidere coepissem, postea certiorem te fecerim, non ideo desinere me clam possidere.

Um ſo mehr muß gegenüber dem Eigenthümer als clandestinus possessor derjenige gelten, der wiſſentlich vom dritten Beſitzer den Beſitz aut vi aut clam aut precario erworben hat.

Hat innerhalb des letzten Jahres jede Partei gegenüber der andern fehlerfrei beſeſſen, ſo giebt die längere Dauer der Beſitzzeit den Ausſchlag.

Gai. IV, 152: Annus autem retrorsus numeratur. itaque si tu verbi gratia VIII mensibus possederis prioribus, et ego VII posterioribus, ego potior ero, quod trium priorum mensium possessio nihil tibi in hoc interdicto prodest, quod alterius anni possessio est.

Theophil. ad §. 4 i. f. J. de interd. 4, 15:
Ἐπὶ δὲ τοῦ Utrubi *οὗτος νικᾷ, ὅστις, εἰς τοὐπίσω ἀνακλωμένου τοῦ ἐνιαυτοῦ, τὸν πλείονα χρόνον ἐνεμήθη· οἷον, ἐνεμήθην ἐγὼ ἑπτὰ μῆνας, σὺ πέντε τοὺς τελευταίους, ἐγὼ νικήσω· λοιπὸν οὖν τῆς νομῆς ἐμοὶ ἀποδοθείσης, τότε σὺ ἄκτωρ γινόμενος ταῖς ἀποδείξεσι βαρύνῃ.*

Unter Umſtänden konnte demnach ſchon infolge einer geringen Verzögerung in der Erwirkung des Interdicts der Beſitzſchutz für diejenige Partei verloren gehen, welche bei ungeſäumter Erwirkung ihn erhalten haben würde. Hatte z. B. A. fünf Monate lang fehlerfreien Beſitz gehabt, ſo war ihm der Sieg im Utrubi gewiß, bis B., der zwar nicht unmittelbar von ihm, wohl aber bald nach der Beendigung ſeines Beſitzes iuste den Beſitz erworben hatte, volle fünf Monate im Beſitze geweſen war. Je weniger noch an dieſem Zeitraume fehlte, um ſo mehr

mußte A mit der Erwirkung des Interdictes sich beeilen.

Hiermit hängt wahrscheinlich, wie wir oben[24]) schon berührt haben, eine eigenthümliche Anwendung der Sequestration zusammen. Setzen wir, daß A, der wie im vorigen Beispiele fünf Monate fehlerfrei besessen hatte, den Besitz verliert, gleich darauf aber B denselben iuste erwirbt und jetzt drei Monate hat. Würde A sofort das Interdict erwirken, so würde er zweifellos damit obsiegen. Aus irgend einem Grunde ist es nun dem B unbequem, sich mit A zum Prätor nach Rom zu begeben, um dort das Interdict in Empfang zu nehmen, auch nicht gut thunlich, einen Stellvertreter zu senden. A ist nicht abgeneigt, dem B Frist zu gewähren, wünscht indessen begreiflicherweise, daß diese Frist nicht der Besitzzeit des B hinzugerechnet werde: geschähe dies, so würde B bereits nach Ablauf von zwei weiteren Monaten potior interdicto sein. Entäußert sich B seines Besitzes, so könnte A mit der Erwirkung des Interdictes ohne Schaden nahezu sechs Monate warten: er würde potior bleiben, solange ihm von seiner frühern Besitzzeit nur Ein Tag über drei Monate in das letzte Jahr vor Erwirkung des Interdictes eingerechnet werden kann. Selbstverständlich wird B sich des Besitzes nicht in der Weise entäußern, daß A ihn nunmehr erlangt. So einigen sie sich denn dahin, den Besitz einem Sequester zu überlassen, dessen Besitzzeit weder dem einen noch dem andern angerechnet wird, A aber dafür die Erwirkung des Utrubi fünf Monate hinausschiebt. — Und ebenso verfügte der Prätor auf Antrag des Impetranten eine derartige Sequestration, wenn die dem Erlasse des Interdictes vorangehenden

24) §. 1850 Ziffer 17 S. 501 ff. zu N. 96.

Verhandlungen in iure einen Aufschub des Erlasses herbeiführten[25]).

In der geschilderten Weise haben wir uns den Fall zu denken, von dem es in l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3 heißt: possessio apud sequestrem deposita est; id agitur ea possessione, ut neutrius possessioni id tempus procedat — und in l. 39 D. de a. p. 41, 2: deponitur res — omittendae possessionis causa. Und hiernach begreift es sich, daß die Compilatoren eine in diesen Stellen etwa vorkommende Darstellung dieses Falles streichen mußten: seitdem das Utrubi nach dem Rechte des Uti possidetis behandelt wurde, konnte er nicht mehr vorkommen. In der That ist die Hand der Compilatoren in l. 39 cit. deutlich erkennbar; die Worte: et hoc aperte fuerit approbatum sind zweifellos ein Emblem. Als solches verrathen sie sich zunächst sachlich, insofern die Beweisfrage mit Julians Erörterung gar nichts zu thun hat, wenn sie jedoch berührt werden sollte, das „aperte" völlig überflüssig, ja irreführend ist; dann aber auch sprachlich, da approbare im Sinne von „beweisen", vollends in der Verbindung mit evidenter, evidentissime, manifeste, manifestissime, specialiter, liquido, in den Pandekten wohl ausnahmslos auf Interpolation beruht[26]). Der Sachlage

25) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838 Ziffer 37 S. 58 f.

26) Grabenwitz, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 7. roman. Abth. S. 78 ff., namentlich hinsichtlich der l. 39 cit. S. 83 unter 19; und derselbe, Interpolationen in den Pandekten S. 43 f. — Irrig übrigens meint Rudorff, Zus. Nr. 87 zu v. Savigny, Recht des Besitzes S. 665, die Compilatoren haben l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3 und l. 39 D. de a. p. 41, 2 auf die Usucapion und den Eigenthumsstreit interpolirt und dadurch deren Sinn verdunkelt: die Frage, welche l. 39 hinsichtlich der Usucapion stellt, hat mit dem Zwecke der omittendae possessionis causa nichts zu thun. S. oben §. 1850 Ziffer 17 S. 503.

gemäß hätte weder l. 17 §. 1 D. dep. 16, 3, noch l. 39 D. de a. p. 41, 2 in Justinians Rechtsbücher aufgenommen werden dürfen.

4. Nach dem Wortlaute des Utrubi siegte mit diesem Interdicte die Partei, bei der die bewegliche Sache, um deren Besitz gestritten wurde, im letzten Jahre länger als beim Gegner gewesen war. Indessen verlangte der Prätor nicht, daß der Sieger selbst, sei es in eigner Person, sei es durch einen Detentor, während der ganzen, zufolge der Besitzvertheilung erforderlichen, Zeit den Besitz gehabt habe; eine besondere Clausel des Edictes verhieß vielmehr, im Einzelfalle durch einen Zusatz zum Interdicte auch die Besitzzeit des Rechtsvorgängers zu berücksichtigen. Die damit gegebene Hinzurechnung der Besitzzeit eines Rechtsvorgängers in die maior pars anni heißt in den Quellen accessio temporis oder possessionis[27]).

Rudorff[28]) scheint sie auf die interpretatio zurückzuführen, indem er ihre Rechtfertigung darin erblickt, daß das Wort „Utrubi" in rem scriptum sei, d. h., wenn ich recht verstehe, so viel bedeute wie: auf welcher von beiden Seiten, ohne Beschränkung auf die Personen der gegenwärtigen Streittheile. Demgegenüber wollen wir freilich nicht geltend machen, daß nach unsrer Annahme[28a]) das Interdict auf Utrubi vestrum lautete. Widerlegt aber wird Rudorffs Ansicht durch den Hinweis Lenels auf die Thatsache, daß der regelmäßige Ausdruck der Quellen

27) O. Karlowa, iuris Romani principia de accessionibus possessionum, quae in usucapionibus rerum et in temporalibus praescriptionibus et in interdictis possessoriis locum habeat. Gottingae 1858. §§. 1—4. p. 1—35. Lenel ed. perp. §. 264 S. 392 zu N. 6ff.

28) De iuris dictione edictum §. 268 n. 6 S. 231.

28a) S. oben Ziffer 1 S. 569.

dahin geht: accessio datur[29]), was nur von einer Zuerkennung durch den Jurisdictionsmagistrat verstanden werden kann; und daß obendrein mehrfach von einem ausdrücklichen Zusatze zwecks der accessio die Rede ist[30]).

Es ist mit Lenel anzunehmen, daß jene Edictsclausel für die beiden wichtigsten Fälle, nämlich für die Rechtsnachfolge durch Kauf[31]) und aus Erb-

29) Gai. IV, 151. L. 13 §§. 6. 8. 9. 10. D. de a. p. 41, 2. l. 14. pr. §. 1 eod. l. 14 §§. 1. 5. l. 15 §§. 2. 3. 4. D. de div. temp. praescr. 44, 3.

30) L. 13 §. 1 D. de a. p. 41, 2: — denique addimus in accessione de vi et clam et precario venditoris. L. 15 §. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3: Item adiciendum est, unde emisti aut [*scr.*: quod apud eum fuit] unde is emit, cui tu emendum mandaveras etc. §. 5 eod.: Hae autem accessiones non tam late accipiendae sunt, quam verba earum patent etc. Karlowa a. a. O. S. 23 und 32 nimmt mit Recht an, daß der Prätor nur causa cognita die accessio possessionis zugelassen habe. Er hat sich jedoch nicht klar gemacht, daß zwecks solcher Zulassung im Edicte bereits für bestimmte Fälle eine Zusatzclausel zum Utrubi proponirt war, und findet deshalb S. 33 f. unnöthige Schwierigkeit in l. 13 §. 1 D. de a. p. 41, 2 cit.

31) L. 13 cit. §§. 1—3. l. 14 cit. D. de a. p. 41, 2. l. 15 cit. D. de div. temp. praescr. 44, 3. Diese Clausel war übrigens ungenau gefaßt: nach ihrem Wortlaute gewährte sie die Zurechnung der Besitzzeit des Verkäufers auch wegen eines Besitzes, den dieser erst nach der Tradition an den Käufer erworben hat, was von der Praxis mit gutem Grunde nicht befolgt wurde. L. 15 §. 5 D. de div. temp. praescr. 44, 3 (Venuleius lib. 5. interd.): Hae autem accessiones (nämlich aus der den Kauf betreffenden Clausel, von denen l. 15 cit. ausschließlich handelt) non tam late accipiendae sunt, quam verba earum patent, ut etiam, si post venditionem traditionemque (rei traditae *del.*) apud venditorem res fuerit, proficiat id tempus emptori, sed illud solum, quod ante fuit, licet venditionis tempore eam rem

gang[32]), den Zusatz anführte, der nach Befund vom Prätor in die Formel des Utrubi gerückt werden sollte. Dies geschah dann ohne Zweifel so, daß hinter dem Utrubi — fuit — eingeschaltet wurde z. B. „sive nec vi nec clam nec precario apud eum fuit, unde is emit“[33]).

Auf andere Fälle, in denen die accessio temporis angemessen erschien, ist sie dann durch die Interpretation erstreckt[34]). Hierbei ergaben sich im einzelnen mancherlei Meinungsverschiedenheiten, die begreiflicherweise die Entscheidungen der Prätoren über die Einrückung eines begehrten Zusatzes wegen der accessio eines bestimmten Vorbesitzers bald so, bald anders beeinflußten. So heißt es denn noch in l. 14 cit. pr. D. de div. temp. praescr. 44, 3:

(*Scaevola* lib. singul. quaest. publice tractat.)

De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.

---

venditor non habuerat. L. 14 pr. D. de usurp. 41, 3 (Paul. lib. 13. ad Plautium): Id tempus venditoris prodest emptori, quo antequam venderet possedit: nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emptori non proficiet.

32) L. 13 cit. §§. 4 sq. l. 65 D. de V. S. 50, 16 (Ulp. lib. 72. ad ed.).

33) So l. 15 cit. D. de div. temp. praescr. 44, 3, §. 1: Accessio possessionis sit non solum eius temporis, quod apud eum fuit, unde is emit (emisti *scr.* Krueger), sed et qui ei vendidit, unde tu emisti. §. 2. (s. N. 30). §. 3: — accessio temporis — ita danda est mihi: si aut voluntate patris dominive aut cum administrationem peculii haberet, vendidit. §. 4. „Item danda est accessio cum eo, quod apud pupillum fuit, a cuius tutore, cum is tutelam eius administraret. emisti.“

34) Eine Reihe solcher Fälle behandelt l. 13 cit. §§. 6—11 D. de a. p. 41, 2.

Indeſſen laſſen ſich folgende Grundſätze feſtſtellen.

Die accessio temporis findet ſtatt, wenn der Beſitzerwerb gemacht iſt auf Grund eines Rechtsgeſchäftes unter Lebenden[35]) oder einer Succeſſion von Todeswegen.

L. 14 cit. §. 1:

Plane tribuuntur his, qui in locum aliorum succedunt sive ex contractu sive voluntate: heredibus enim et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris.

Der Ausdruck „sive voluntate", der durch das Beiſpiel der accessio testatoris erläutert wird, weiſet als Gegenſatz zu dem ex contractu darauf hin, daß der Beſitzerwerb ſich zwar nicht nothwendig auf einen obligatoriſchen Vertrag mit demjenigen ſelbſt zu gründen braucht, deſſen Beſitzzeit zur Anrechnung kommen ſoll, daß aber unter allen Umſtänden der Wille dieſes Letztern erforderlich iſt, den Beſitz dem Erwerber zu überlaſſen. Dem entſprechend unterſuchen viele Stellen da, wo ſtatt des frühern Beſitzers ein Dritter den dem Beſitzerwerbe zugrundeliegenden Vertrag geſchloſſen hat, ſorgfältig, ob wirklich der Beſitzentäußerungswille des frühern Beſitzers vorliege[36]).

---

35) Hierher werden die Römer auch den Fall der Arrogation und der conventio in manum einer mulier sui iuris geſtellt haben. Vgl. l. 11 §. 2 D. de B. P. sec. tab. 37, 11.

36) L. 14 pr. D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 68. ad ed.): Si servus vel filius familias vendiderit, dabitur accessio eius, quod penes me fuit, scilicet si volente me aut de peculio, cuius liberam administrationem habuerunt, vendiderunt. L. 15 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3 (Venuleius lib. 5 interd.): Sed et si a filio vel servo emero, accessio temporis et quo apud patrem aut dominum fuit, ita danda est mihi, si aut voluntate patris dominive aut cum administrationem peculii haberet, vendidit. §. 2 eod.: Item adiciendum est, unde emisti, aut [*scr.* quod apud eum

Hiernach möchte es nun so scheinen, als ob die Zurechnung der Besitzzeit des Erblassers auf den Fall des Besitzerwerbes aus letztwilliger Zuwendung beschränkt werden müsse[37]). Gleichwohl ist dies kaum anzunehmen gegenüber *Gai.* IV, 151 init.:

---

fuit] unde is emit, cui tu emendum mandaveras, et quod apud eum, qui vendendum mandavit. quod si is quoque, cui mandatum erat, alii vendendum mandaverit, non aliter huius, qui postea mandaverat, dandam accessionem Labeo ait, quam si id ipsum dominus ei permiserit. l. 14 §. 4 eod.: Item si absente te is, qui negotia tua videbatur administrare servum mihi vendiderit, tuque reversus ratum habueris, omnimodo accessione [tua *ins.*] utar. §. 5: Item si mihi pignori dederis, et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere, idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint: iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse [consensisse *scr.*] venditioni, si pecuniam non intulisses. — Dem Willen des Besitzers selbst gleich steht selbstverständlich der Wille seines gesetzlichen Vertreters oder einer Person, die gesetzlich zur Veräußerung fremden Eigenthums ermächtigt ist. L. 14 cit. §. 1 D. de a. p. 41, 2: Tutore quoque vel curatore vendente dabitur accessio eius temporis, quo pupillus vel furiosus possedit. l. 15 cit. §. 4 D. de div. temp. praescr. 44, 3: Item danda est accessio cum eo, quod apud pupillum fuit, a cuius tutore, cum is tutelam eius administraret, emisti. idemque in eo, qui a curatore pupilli furiosive emerit, servandum est; et si ventris nomine aut eius, quae rei servandae causa in possessione esset dotis suae nomine, deminutio facta sit: nam id quoque temporis accedit. Ueber die Veräußerungsbefugniß der ventris causa missa s. l. 1 §§. 19–21. 25; l. 9 D. de ventre in poss. 37, 9., über diejenige der dotis servandae causa immissa s. l. 48 D. de sol. 46, 3.

37) Schwerlich beweiset dagegen etwas l. 15 cit. §. 6 D. de div. temp. praescr. 44, 3: Ei, cui heres rem hereditariam ven-

Sed in Utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti eius, cui heres exstiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit. etc.

Gaius hätte, vollends in seinen Institutionen, nicht von der accessio zugunsten des heres schlechthin reden dürfen, wenn sie nur dem scriptus heres zugute käme. Wir werden also anzunehmen haben, daß Scaevola in l. 14 §. 1 cit. es als ein succedere ex voluntate defuncti schon gelten ließ, wenn derselbe die gesetzliche Erbfolge nicht ausgeschlossen hat[37a]).

Uebrigens kommt die accessio ex persona defuncti nicht nur dem heres zu, sondern jedem Universalsuccessor von Todeswegen[38]); und die Interpretation hat sie auch auf den Legatar[39]) und den Singularfideicommissar[40]) erstreckt. Auch fand diese accessio der Besitzzeit des Erb-

---

didit, et heredis tempus et defuncti debet accedere. Umgekehrt bestätigen jenen Schein l. 14 §. 1 cit. D. eod. (s. oben S. 583), l. 13 §. 4 (s. unten S. 595) und §. 5 (s. unten das.) D. de a. p. 41, 2, welche nur von testamentarischer Erbfolge handeln.

37a) Dagegen wird accessio possessionis nicht stattgehabt haben bei der Universalsuccession des sector und des bonorum emptor, obwohl deren eigenthümliche Interdicte, das sog. possessorium und das sectorium (Gai. IV, 145 sq.), wahrscheinlich nicht gegen einen Besitzer titulo singulari gingen (Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1835a Ziffer 24 S. 152 ff.), mithin das Utrubi keineswegs ersetzten.

38) L. 14 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3 cit. v.: heredibus enim et his, qui successorum loco habentur.

39) L. 14 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Paul. lib. 13. ad Plautium): In re legata in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est.

40) L. 13 §. 10 i. f. D. de a. p. 41, 2 (s. unten nächste Note).

lassers zugunsten des Vermächtnißnehmers nicht nur dann statt, wenn der Letztere den Besitz der vermachten Sache unmittelbar aus dem Nachlasse erworben hatte, sondern auch dann, wenn inzwischen der Erbe deren Besitzer gewesen war; und nicht minder wurde dem Vermächtnißnehmer die Besitzzeit des Erben selbst zugerechnet, sofern diese vor Eintritt der Bedingung des Vermächtnisses oder doch vor dem Augenblicke lag, in welchem der Erbe den Besitz gemäß der Vermächtnißauflage dem Vermächtnißnehmer überlassen hatte[41]).

Hatte der Rechtsvorgänger, dessen Besitzzeit seinem Rechtsnachfolger angerechnet wird, seinerseits den Besitz in einer Weise erworben, daß ihm selbst die Besitzzeit seines eignen Rechtsvorgängers angerechnet werden konnte, so wird diese auch seinem Rechtsnachfolger zugerechnet[42]).

---

41) L. 13 §. 10 cit. D. de a. p. 41, 2: Sed et legatario dandam accessionem eius temporis, quo fuit apud testatorem. sciendum est. an heredis possessio ei accedat, videamus: et puto, sive pure sive sub condicione fuerit relictum, dicendum esse id temporis, quo heres possedit ante existentem condicionem vel restitutionem rei, legatario proficere. testatoris autem semper proderit legatario, si legatum vere fuit vel fideicommissum.

42) L. 15 cit. §. 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3: Accessio possessionis fit non solum eius temporis, quod apud eum fuit, unde is emit (emisti *scr.* Krueger), sed et qui ei vendidit, unde tu emisti. sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit, quia coniuncta non est, sicut nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest. §. 6 eod. (s. N. 37) L. 6 pr. i. f. eod. (Afric. lib. 9. quaest.) — denique et si, quam rem tibi vendiderim, rursus a te emam et Titio vendam, et meam omnem et tuam possessionem Titio accessuram, videlicet, quod et tu mihi et ego ei possessionem praestare debemus. §. 1. Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta

Und dieſe Zurechnung der Beſitzzeit eines mittelbaren Rechtsvorgängers kann durch ſo viel Perſonen von Rechtsvorgängern fortgeſetzt werden, als ſelbſt anrechnungsfähigen Beſitz gehabt haben: die Kette reißt ab bei demjenigen Rechtsvorgänger, der gar nicht oder doch nur iniuste beſeſſen hat[43]).

Unter allen Umſtänden aber darf die Beſitzzeit eines, unmittelbaren oder mittelbaren, Vorbeſitzers nur dann in Anrechnung gebracht werden, wenn der Beſitz auf Grund eines gültigen Rechtsverhältniſſes in die ſpätere Hand gelangt iſt[44]).

---

esset, inemptus esset: quod cum evenit, quaesitum est, quid de accessione tui temporis putares. respondit, id quod servetur, cum redhibitio sit facta: hunc enim perinde haberi, ac si retrorsus homo mihi venisset, ut scilicet, si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus et quod venditionem praecesserit (d. h. die Zeit vor dem Verkaufe, in welcher der Verkäufer den Sklaven beſeſſen hatte; die Worte et quod venditionem praecesserit ſind alſo nicht zu ſtreichen, wie Mommſen vorſchlägt) et amplius accessio haec ei detur cum eo, quo apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit. L. 14 cit. §. 3 eod. (ſ. unten nach N. 58).

43) L. 15 §. 1 cit. i. f. D. de div. temp. praescr. 44, 3 (ſ. vor. N.).

44) L. 2 §. 16 D. pro empt. 41, 4 (Paul. lib. 54. ad ed.): Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio, et ideo neque Publiciana competit nec accessio possessionis. L. 13 §. 10 cit. i. f. D. de a. p. 41, 2: — si legatum vere fuit vel fideicommissum. Zweifelhaft war in dieſer Beziehung der Fall der Auflöſung eines Kaufes durch Redhibition gemäß dem ädiliciſchen Edicte, da es ſich hierbei nicht ſowohl um ein Rechtsgeſchäft handele, als vielmehr um das Rückgängigwerden eines ſolchen; mit Recht billigt Ulpian die Zulaſſung der accessio temporis zu. L. 13 cit.

Als geeignete Rechtsverhältnisse derart behandeln die

§. 2: Praeterea quaeritur, si quis hominem redhibuerit, an accessione uti possit ex persona eius. et sunt qui putent non posse, quia venditionis est resolutio redhibitio: alii emptorem venditoris accessione unerum et venditorem emptoris, quod magis probandum puto. Vgl. l. 6 §. 1 cit. D. de div. temp. praescr. 44, 3 (oben N. 42).

Unzulässig war die accessio auf Grund einer verbotenen Schenkung unter Ehegatten. L. 46 D. de don. i. v. et u. 24, 1 (Ulp. lib. 72. ad ed.): Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio. Ueber eine Schenkung contra legem Cinciam s. unten zu N. 61. Verlor das Rechtsverhältniß, das die accessio begründete, seine Wirksamkeit, so wurde sie unstatthaft; so für den Faustpfandgläubiger mit Tilgung der Pfandschuld. L. 14 cit. §. 3 (unten S. 596); ebenso sicherlich für den Käufer mit Auflösung der obligatio empti venditi kraft einer Resolutivbedingung. Francke, civilistische Abhandlungen S. 36.

Auf der fehlerhaften causa des Besitzerwerbes beruht auch die Entscheidung der l. 13 cit. §. 8 D. de a. p. 41, 2: Ex facto quaeritur, si quis manumissus ex causa peculiari habeat rem non concesso sibi peculio, deinde dominus velit retracta possessione accessione uti, an possit. et placuit, non esse dandam hanc accessionem, quae clam habita est. Ein Sklav hat für sein Peculium eine Forderung erworben; bei seiner Freilassung zieht der bisherige Herr das Peculium ein; der Schuldner aber, der dies nicht weiß, tradirt dem Freigelassenen als seinem vermeintlichen Gläubiger den Besitz der geschuldeten Sache. Zwar wird durch diese Leistung der Schuldner befreit; der Freigelassene aber, der die Sache in Unterschlagungsabsicht annimmt, begeht ein furtum gegen den frühern Herrn. l. 18. l. 32 D. de sol. 46, 3. l. 11 i. f. D. dep. 16, 3. Daß dem Letztern, wenn er den Besitz der Sache erlangt hat, die Besitzzeit des Freigelassenen zugerechnet wird, darf nach l. 3 cit. §. 9 eod. (s. unten N. 52) nicht zweifelhaft sein. Schon deshalb kann die von Ulpian verneinte Frage sich hierauf nicht beziehen; sie geht vielmehr dahin, ob der frühere Herr sich die Besitzzeit des Schuldners zurechnen dürfe; dies aber wird ver-

Quellen vorzugsweis Kauf[45]), Erbfolge[46]) und Vermächtniß[47]); dann weiter Dotalbeſtellung und Rückgabe

---

neint, weil ungeachtet der Befreiung des Schuldners infolge ſeiner Leiſtung an den Freigelaſſenen dieſer den Beſitz der geleiſteten Sache nicht auf Grund ſeines, mit der ademptio peculii erloſchenen, Forderungsverhältniſſes, ex causa peculiari, hat, ſondern auf Grund ſeiner Unterſchlagung. Uebrigens iſt l. 13 §. 8 cit. ſchon in den Baſiliken L, 2, 12 falſch verſtanden; hier wird ſie wiedergegeben: *Οὐ χρήσομαι τῇ νομῇ τοῦ ἐλευθερωθέντος παρ' ἐμοῦ καὶ λαθραίως πεκουλιάριον πράγμα νεμηθέντος.* Ebenſo faßt ſie auch Cujacius recitat. solemn. in h. l. und comment. ad lit. D. 42, 1. und Karlowa a. a. O. S. 27. Es heißt aber: ex causa peculiari, nicht: peculiarem oder ex peculio adempto; und: habeat, nicht: retineat.

45) L. 14 cit. §. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3: Itaque si mihi vendideris servum, utar accessione tua. §. 4 (ſ. oben N. 36) §. 5 (ſ. daſ.) l. 6 pr. i. f. (ſ. oben N. 42) §. 1 eod. (ſ. daſ.) l. 15 §. 1 (ſ. N. 42). §. 2 (ſ. N. 36). §. 3 (daſ.) §. 4 (daſ.) §. 5 (ſ. N. 31) §. 6 (ſ. N. 37). l. 13 §. 1 (ſ. unten S. 593) §. 2 (N. 44). §. 3 (ſ. unten N. 55) l. 14 pr. (ſ. N. 36). §. 1 D. de a. p. 41, 2 (daſ.). l. 14 pr. D. de usurp. 41, 3 (ſ. N. 31). l. 2 §. 16 D. pro empt. 41, 4 (ſ. N. 44). Gai. IV, 151 init. (oben S. 585). Uebrigens iſt es nicht ſchon der Abſchluß des Kaufgeſchäftes als ſolcher, der die accessio ex persona venditoris bewirkt, ſondern erſt die traditio ex causa venditi. L. 6 pr. cit. init. D. de div. temp. praescr. 44, 3 (African. lib. 9. quaest.): Si duobus eandem rem separatim vendiderim, ea possessio, quae utramque venditionem praecesserit, soli priori emptori, cui et tradita sit, proficit etc.

46) Gai. IV, 151 cit. l. 13 cit. §. 4 (ſ. unten S. 595) §. 5 (ſ. unten daſ.) D. de a. p. 41, 2. l. 15 §. 6 D. de div. temp. praescr. 44, 3 (ſ. oben N. 37).

47) L. 13 §. 10 D. de a. p. 41, 2 (ſ. oben N. 41). l. 14 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (ſ. oben N. 39).

der Dos[48]); Schenkung[49]); aber auch Faustpfand[50]) und Rückgabe eines Precarium[51]). Endlich finden wir noch

48) Gai. IV, 151. l. 13 cit. §. 6 D. de a. p. 41, 2: In dote quoque si data res fuerit vel ex dote recepta, accessio dabitur vel marito vel uxori. l. 7 §. 3 D. de J. D. 23, 3 (Ulp. lib. 31. ad Sab.): Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam etc.

49) Gai. l. c. l. 3 cit. §. 11 D. de a. p. 41, 2: Sed et is, cui res donata est, accessione utetur ex persona eius, qui donavit.

50) L. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3 (s. S. 596). l. 16 D. de usurp. 41, 3 (Javolen. lib. 4. ex Plautio): — qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius, qui pignori dedit.

51) L. 13 cit. §. 7 D. de a. p. 41, 2: Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona eius, cui concessit, an possit, quaeritur. ego puto eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse: si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur. Von der accessio bei der Usucapion kann dies deshalb nicht gelten, weil ja der Precarist niemals in condicione usucapiendi ist, ungeachtet seines Besitzes aber die condicio usucapiendi des precario dans fortbesteht.

Ganz mißverständlich übrigens beschränkt Rudorff, Zusatz Nr. 49 zu v. Savigny, Recht des Besitzes S. 629, jene Zurechnung beim Utrubi auf die Zeit von der Kündigung des Precarium bis zur Rückgabe der Sache, indem er in die völlig unzweideutigen Worte: „accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur“ hinter „precario“ einschiebt „rupto“, während „rupto precario“ doch nur den Gegensatz bildet zu „quamdiu manet precarium“.

Es ist wohl nur ein Zufall, daß wir kein Quellenzeugniß für die accessio possessionis besitzen, welche umgekehrt dem Precaristen für die Dauer des Precarium mit der Person des precario dans gegenüber Dritten zukam.

ausgesprochen, daß die Besitzzeit des iniustus possessor demjenigen zukommen soll, von dem jener iniuste besaß, sobald er auf richterliches Geheiß diesem die Sache herausgegeben hat[52]). Dieser, m. E. durchaus zweifellose, Ausspruch hat deshalb Anstoß erregt, weil, wie wir sogleich sehen werden, nach ebenso klaren Aussprüchen der Quellen eine vitiosa possessio von der Zurechnung ausgeschlossen bleibt. Man bescheidet sich daher, unter völliger Nichtbeachtung der Eingangsworte: „Praedone possidente", der l. 13 §. 9 D. de a. p. 41, 2 die Entscheidung zu entnehmen, daß die zwecks Verwirklichung eines Successionsverhältnisses durch richterlichen Befehl erzwungene Herausgabe des Besitzes hinsichtlich der accessio possessionis die gleiche Wirkung habe, wie die freiwillige[53]). Und doch dürfte die Lösung des vermeintlichen Widerspruchs nicht schwierig sein. Es ist ja sicher, daß die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nur demjenigen gegenüber in Betracht kommt, von dem jemand iniuste besitzt. Danach begreift es sich, daß auch dem iustus possessor demjenigen gegenüber, von dem sein Vorbesitzer vitio den Besitz erworben hat, die Besitzzeit dieses Letzten nicht zugerechnet werden darf. Dritten gegenüber jedoch besitzt der Letzte iuste; und wenn er nun, gezwungen oder freiwillig, den Besitz an denjenigen

52) L. 13 cit. §. 9 D. de a. p. 41, 2: Praedone possidente si iussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit. Daß die Worte „praedone possidente" in der That den Anfang des §. 9, nicht, wie man früher abtheilte, den Schluß des §. 8 bilden, erhellt aus Basil. L, 2, 12: *Ὁ ἐνέμου κακῇ πίστει, ἔδωκάς μοι κελεύσει δικαστοῦ· προςτίθεταί μοι ὁ χρόνος.*

53) So auf Grund der frühren Lesart (s. vor. Note) v. Savigny, Recht des Besitzes §. 11 7. Aufl. S. 184 N. 2. Während aber v. Savigny sich hierauf beschränkt, erklärt Karlowa a. a. O. S. 35 §. 4 a. E. ausdrücklich die im Texte vertretene Auffassung der l. 13 §. 9 für falsch.

herausgiebt, von dem er ihn vitio erworben hatte, so erscheint es gewiß billig, daß seine Besitzzeit diesem gegenüber Dritten zugutkomme, wie sie jenem selbst zugut gekommen sein würde. Abgesehen von diesem Falle kann, wie bereits erwähnt, nur ein solcher Besitz einem andern zugerechnet werden, welcher fehlerfrei erworben ist. Und umgekehrt findet die Besitzzurechnung nur statt zugunsten eines fehlerlosen Besitzes.

L. 13 cit. §. 13 D. de a. p. 41, 2:

Praeterea ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere: sed nec vitiosa ei, quae vitiosa non est[53a]).

Gai. IV, 151 med.:

itaque si nostrae possessioni iuncta alterius iusta possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus etc.

Ibid. i. f.:

sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisitam, non datur accessio; nam ei [possessio] sua nihil prodest.

53a) Von der accessio possessionis handelt wohl auch l. 5 pr. D. de div. temp. praescr. 44, 3 (Ulp. lib. 3. disput.): An vitium auctoris vel donatoris eiusve, qui mihi rem legavit, mihi noceat, si forte auctor meus iustum initium possidendi non habuit, videndum est. et puto neque nocere neque prodesse: nam denique et usucapere possum, quod auctor meus usucapere non potuit. Dieser, dem Rechte der Usucapion entnommene, Beweisgrund würde eine blanke petitio principii sein, wenn die gestellte Frage auf die Zulässigkeit der Usucapion gegangen wäre. Die Berechtigung der gestellten Frage liegt übrigens darin, daß bei lucrativem Erwerbe der dolus des auctor eine exceptio doli praeteriti gegen den Nachfolger begründet. L. 4 §§. 29. 31 D. de doli m. exc. 44, 4. Das „vel" in den Worten: „auctoris vel donatoris eiusve, qui mihi rem legavit" bezeichnet also nicht die Gleichstellung des auctor mit dem donator und testator, sondern bedeutet: „selbst wenn er, der auctor, donator oder testator ist."

Es verſteht ſich indeſſen von ſelbſt, daß auch in dieſer Hinſicht die iniusta possessio ſtets nur gegenüber demjenigen nicht angerechnet wird, dem gegenüber ſie iniuste erworben iſt, — wie umgekehrt die Zurechnung zu einem fehlerhaften Beſitze nur dem gegenüber ausgeſchloſſen bleibt, dem gegenüber dieſer Beſitz ſelbſt vitiös iſt (aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisita Gai. IV, 151 i. f.). Auf die Nichtzurechnung eines fehlerhaft erworbenen Beſitzes wies denn auch der wegen der Zurechnung im Einzelfalle dem Utrubi gegebene Zuſatz mittels der ihm beigefügten Vitioſitätsclauſel ausdrücklich hin.

L. 13 cit. §. 1 D. de a. p. 41, 2:

Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa suisque vitiis: denique addimus in accessione de vi et clam et precario venditoris.

Inſofern wird alſo der dolus auctoris, der ſonſt dem Rechtsnachfolger ex causa onerosa nichts ſchadet, dieſem entgegengehalten.

L. 4 §. 27 D. de doli m. exc. 44, 4:

(*Ulp.* lib. 76. ad ed.) De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur. si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione[54]), pati dolum auctoris: et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.

Sodann wird für die accessio possessionis erfordert, daß derjenige, dem ſie zukommen ſoll, ſelbſt Beſitz habe oder gehabt habe.

Gai. IV, 151 med.:

— nullam autem propriam possessionem habenti accessio

54) ei qui — accessione. *del.* M.

temporis nec datur nec dari potest; nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest etc.[54a]).

L. 13 cit. §. 12 D. de a. p. 41, 2:

Accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem: ceterum accessio nemini proficit, nisi ei, qui ipse possidet.

L. 16 D. de div. temp. praescr. 44, 3:

(*Paul.* lib. 3. ad Sabin.) Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest[55]).

Zweifel bestanden jedoch in dieser Beziehung hinsichtlich dessen, der den bisherigen Besitzer beerbt hat. Wie er, auch ohne selbst Besitzer geworden zu sein, in die vom Erblasser begonnene Usucapion der im Nachlasse verbliebenen Sache succedirt, ja, diese Usucapion sich bereits vor dem Erbantritte und vollends vor dem Besitzerwerbe des Erben vollenden kann[56]), so wollten viele römische Juristen den Besitz des Erblassers für das Utrubi dem

54a) Infolge des Satzes, daß der servus fugitivus, solange er nicht in den Besitz eines Dritten gekommen war oder sich zum Freiheitsprocesse bereit erklärt, im Besitze dessen bleibe, dem er entlaufen (l. 1 §. 14. l. 13 pr. l. 15. l. 47 D. de a. p. 41, 2. l. 15 §. 1 D. de usurp. 41, 3), wurde auch die Zeit, während er flüchtig war, für den bisherigen Besitzer angerechnet. L. 8 D. de div. temp. praescr. 44, 3: (Ulp. lib. 1. regul.) In accessione temporis et id tempus, quo in fuga sit servus, domino eius procedere verum est.

55) Deshalb konnte der Besitz, den ein freier Mensch oder ein fremder Sklav dem vermeintlichen Herrn erworben hatte, nämlich entweder auf Kosten des Letztern oder durch seine Arbeit (Gai. II, 94), niemals dem Freien selbst oder dem wahren Herrn des Sklaven zugerechnet werden. L. 13 cit. §. 3 D. de a. p. 41, 2: Si liber homo vel alienus servus, cum bona fide servirent, comparaverint et alii acquisierint possessionem, neque liberum neque servi dominum debere uti accessione.

56) L. 6 §. 2 D. pro empt. 41, 4. l. 30 pr. D. ex quib. c. mai. 4, 6. l. 20. l. 31 §. 5. l. 44 §. 3 D. de usurp. 41, 3.

Erben auch dann anrechnen, wenn er selbst den Besitz gar nicht erworben hatte. Ulpian dagegen erklärt sich gegen die Vererblichkeit dieser Rechtsfolge des Besitzes einer beweglichen Sache.

L. 13 cit. §. 4 D. de a. p. 41, 2:

Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. et quidem in emptoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis, quam emptionis: sed subtilius est quod in emptorem, et in heredem id quoque probari.

Während aber die successio in usucapionem voraussetzt, daß die Sache nicht aus dem Nachlaßbestande abhanden gekommen ist[57]), und entsprechend auch die accessio possessionis für die Usucapion nur dann stattfindet, wenn sich der Besitz dessen, dem sie zukommen soll, unmittelbar an den Besitz des bisher in condicione usucapiendi Befindlichen anreiht, — schließt ein solches Abhandenkommen, namentlich auch der Zwischenbesitz eines Dritten, die accessio possessionis für den Erben nicht aus; ja, es ist nicht einmal erforderlich, daß der Erblasser noch im Augenblicke seines Todes den Besitz gehabt hat.

L. 13 cit. §. 5:

Non autem ea tantum possessio testatoris heredi procedit, quae morti fuit iuncta, verum ea quoque, quae unquam testatoris fuerit.

Es kommt hiernach zwecks der Zurechnung nicht einmal darauf an, daß die Besitzzeit des Rechtsvorgängers eine zusammenhangende gewesen sei; und entsprechend wird der Partei im Utrubi jeder einzelne Zeitraum angerechnet, in welchem sie selbst innerhalb des letzten Jahres gegenüber dem Gegner fehlerlos besessen hat.

57) L. 6 §. 2 D. pro empt. 41, 4. cit. l. 20 D. de usurp. 41, 3. cit.

Gemäß der Billigkeit, welche die einzige Richtschnur für die accessio possessionis beim Utrubi bildet, findet die accessio ex persona auctoris nicht nur Dritten gegenüber statt, sondern auch gegenüber dem Rechtsvorgänger selbst. Denn sonst würde er mit dem Utrubi dem Rechtsnachfolger innerhalb des ersten Jahres solange den Besitz haben abnehmen können, bis dessen Besitzzeit länger geworden war, als seine eigne. Und es wäre doch nur ein kümmerlicher Nothbehelf gegen diese Besitzesentziehung gewesen, wenn der Rechtsnachfolger auf eine Regreßklage gegen den vertragswidrig handelnden Rechtsvorgänger hätte beschränkt sein sollen[58]). In der That ist es uns mit voller Gewißheit bezeugt, daß der Rechtsvorgänger sich die accessio possessionis aus seiner eignen Person gefallen lassen mußte.

L. 14 cit. §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3:
Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pigneravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneum quam adversus te ipsum, quamdiu pecuniam mihi non exsolveris: nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te obtinere debet. sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.

Der Rechtsvorgänger unterlag hiernach im Utrubi seinem Rechtsnachfolger sofort, wenn dieser auch erst einen Augenblick besessen hatte.

Indessen gewährt die Billigkeit dem Rechtsnachfolger die Zurechnung nicht aus jeder possessio des Rechtsvorgängers, sondern nur aus einer solchen, quam iustum est ei accedere[59]). Schon nach dem Wortlaute des Utrubi ist ausgeschlossen die accessio possessionis des precario

58) Pflüger a. a. O. S. 108 ff. scheint dies in der That zu meinen. S. dagegen Francke a. a. O. S. 35 f.
59) Gai. IV, 151.

dans zugunsten des Precaristen jenem selbst gegenüber. Allein dabei ist der Prätor nicht stehen geblieben. Ueberall, wo der Rechtsvorgänger die causa der Tradition anfechten konnte, z. B. wegen Betruges des Rechtsnachfolgers, brauchte er sich die Zurechnung seiner eignen Besitzzeit zu derjenigen des Rechtsnachfolgers[59a]) gewiß nicht gefallen zu lassen. Und war er zur Tradition unter solchen Umständen gezwungen worden, welche ihm die Anfechtung propter metum gewährten, so war ihm gegenüber die Zurechnung seiner eignen Besitzzeit wohl auch für jeden Rechtsnachfolger des Zwingenden ausgeschlossen[60]). Dritten dagegen fehlte die Möglichkeit, dem Gegner die Zurechnung der Besitzzeit des betrogenen oder des gezwungenen Rechtsvorgängers abzuschneiden.

Eben diese Behandlung finden wir bei dem Besitze auf Grund einer Schenkung, welche der lex Cincia oder deren prätorischer Erweiterung[61]) zuwiderlief. Dritten gegenüber der beschenkten persona non excepta die Zurechnung der Besitzzeit des Schenkgebers zu verweigern, lag kein Grund vor; wohl dagegen wurde mit Rücksicht auf das Schenkungsverbot jene Zurechnung gegenüber dem Schenkgeber selbst versagt. Die Schenkung einer beweglichen Sache an eine persona non excepta war also erst dann perfect, wenn der Beschenkte im ersten Jahre nach der Schenkung länger Besitzer gewesen war, als der Schenkgeber.

Vat. fragm. §. 293 (*Dioclet.* et *Maxim.* a° 293): — rerum autem mobilium sive moventium, si excepti ***non*** fuistis, quae mancipi sunt, usu capta vel manci-

59a) Gewiß auch nicht die Zurechnung zu der Besitzzeit dessen, der von diesem ex lucrativa causa weiter erworben hatte. L. 4 §§. 29. 31 D. de doli m. exc. 44, 4.

60) Vgl. l. 4 §. 33 D. de doli m. exc. 44, 4.

61) Karlowa, der römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen S. 350f.

pata, post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa, avocari non possunt: nec mancipi vero traditione facta propter eiusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est. etc.

Vat. fragm. §. 311 (*Paul.* lib. 23. ad ed.):

— in rebus mobilibus, etiamsi traditae sunt, exigitur, ut et interdicto *Utrubi* superior sit is, cui donata est, sive mancipi mancipata sit sive nec mancipi tradita[62]).

Weil aber mit dem Utrubi nicht der gegenwärtige fehlerfreie Besitzer siegte, sondern nur derjenige, der im letzten Jahre vor Erlaß des Interdicts länger als der Gegner fehlerfreien Besitz gehabt hatte, so konnte es sich leicht ereignen, daß eine ex causa empti tradirte bewegliche Sache dem Käufer von einem Dritten mit dem Utrubi abgestritten wurde. Der Verkäufer hatte deshalb dafür einzustehen, daß der Käufer im Utrubi superior sei; und die Erfüllung dieser Pflicht war ihm vermöge der accessio possessionis dann gesichert, wenn er selbst, sei es in eigner Person, sei es mit Hinzurechnung der seinem eignen Rechtsvorgänger zukommenden accessio, im Utrubi gegen den Evincenten gesiegt haben würde. Wurde aber die Sache dem Käufer mit dem Utrubi abgestritten, so haftete der Verkäufer deswegen aus der stipulatio duplae wegen Nichtgewährung des habere licere oder in Ermangelung dieser Caution mit der Contractsklage wegen nicht gehöriger Tradition[62a]).

L. 11 §. 13 D. de A. E. 19, 1:

(*Ulp.* lib. 46. ad Sabin.) Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit[63]): sed Julianus libro

62) Vgl. Francke a. a. O. S. 14ff. S. 37ff.

62a) So richtig Pflüger a. a. O. S. 108ff.

63) Von der stipulatio duplae handeln ferner l. 38 §. 3 D. de V. O. 45, 1 und l. 29 §. 1 D. de evict. 21, 2.

quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit[64]): erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur.

Weil aber der gegenwärtige, wenngleich fehlerfreie, Beſitz einer beweglichen Sache dem Beſitzer noch gar nicht den Anſpruch auf ihr Behalten verſchafft, ſo bildet jener Beſitz nur dann einen geeigneten Gegenſtand für ein Kaufgeſchäft des nicht beſitzenden Eigenthümers, wenn dieſer ihn mit dem Utrubi nicht zu erſtreiten vermag; andernfalls iſt der über ihn abgeſchloſſene Kauf des Eigenthümers nichtig[65]).

L. 34 §. 4 D. de C. E. 18, 1:

(*Paul.* lib. 33. ad ed.) Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio id agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et [ita, ut *scr.* M.] in iudicio possessionis potior esset.

Mit der Unterordnung des Utrubi unter die Grundſätze des Uti possidetis iſt die accessio possessionis bei jenem Rechtsbehelfe beſeitigt. Wenn gleichwohl die Compilatoren ſo viele auf ſie bezügliche Aeußerungen claſſiſcher Juriſten aufgenommen haben, ſo erklärt ſich dies nur daraus, daß eine überaus urtheilsloſe Betrachtung ſie ver-

64) L. 3 pr. D. de A. E. 19, 1 (Pompon. lib. 9. ad Sabin.): Ratio (traditio Cuiacius) possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur. L. 22 D. de a. p. 41, 2 (Javolen. lib. 13. ex Cassio): Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit.

65) An dieſem Beiſpiele für die Nichtigkeit der emptio suae rei zeigt ſich ganz unwiderleglich, daß der Grund jener Nichtigkeit ſchlechterdings nicht in der viel berufenen „Unmöglichkeit" der zugeſagten Leiſtung zu ſuchen iſt, ſondern in ihrer Zweckwidrigkeit. S. Guſtav Hartmann, die Obligation S. 191 ff. vbd. mit S. 12 ff., der jedoch l. 34 §. 4 cit. nicht erwähnt.

leitet hat, diese Aussprüche auf die zwar gleichnamige, aber wesentlich anders geartete accessio possessionis bei der Usucapion, sowie auf die successio heredis in usucapionem zu beziehen. Bevor die moderne Wissenschaft gelernt hatte, ihnen die richtige Beziehung wieder abzugewinnen, haben sie gegenüber den abweichenden Sätzen jener Institute eine unüberwindliche Schwierigkeit der Auslegung gebildet[66]).

5. Das Utrubi verbietet derjenigen Partei, welche innerhalb des letzten Jahres gar nicht, oder doch nur iniuste ab adversario, oder endlich zwar iuste ab eo, aber kürzere Zeit, als jener, den Streitgegenstand besessen hat, den Gegner am ducere desselben zu verhindern[67]), und ermächtigt damit zugleich den Letztern zu eben diesem ducere.

66) Die richtige Beziehung hat aus der Inscription der l. 46 D. de don. i. v. et u. 24, 1 und der l. 13 D. de a. p. 41, 2 einerseits, der l. un. h. t. anderseits zuerst entdeckt Cuperus, observationes selectae de natura possessionis (Inaug.-Diss.), Lugduni Batavorum 1789, pars II. cap. 8 p. 83; allgemein verständlich geworden ist sie erst durch Gai. IV, 151.

67) Eine positive Verpflichtung dagegen erwächst für die Partei, welche im Interdictenstreite unterliegen würde, aus dem Utrubi ebenso wenig, wie aus jedem andern prohibitorischen Interdicte. Es ist deshalb nicht zulässig, mit Mommsen n. 3 zu l. 18 §. 1 D. de accept. 46, 4 bei den in dieser Stelle übergangenen Worten: „possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas“, welche §. 2 J. quib. mod. obl. 3, 29 in die stipulatio Aquiliana einschiebt, unter Aenderung des „possideresve“ in „possederasve“ an das Utrubi zu denken. Denn begründet die bloße Thatsache, daß jemand innerhalb des letzten Jahres Besitz gehabt hat, der ihn gegenüber einem bestimmten Gegner in einem künftigen Utrubi nicht zum superior machen würde, für ihn keinerlei Verbindlichkeit, so kann sie auch keinerlei Veranlassung zur stipulatio Aquiliana geben.

v. Ihering[68]) nimmt nun an, daß kraft jener Ermächtigung der Gegner befugt gewesen sei, ungeachtet des Widerspruchs der besitzenden Gegenpartei in deren Wohnung einzudringen, um dort den Streitgegenstand zu suchen und ihn erforderlichenfalls mit Gewalt an sich zu nehmen. Somit sei es möglich gewesen, daß jemand den Sklaven, dessen wegen er am Morgen das Interdict erwirkte, schon am Abend wieder in Händen hatte.

Allein so geschwind ging es jedenfalls dann nicht, wenn die besitzende Gegenpartei thatsächlichen Widerstand leistete. Denn, wenn, wie beim Uti possidetis, mit dem Erlasse des Interdictes das gerichtliche Verfahren einstweilen beendigt gewesen wäre, so würde die besitzende Gegenpartei gerade dadurch, daß sie thatsächlichen Widerstand leistete, das gethan haben, was zwecks Einleitung des doppelseitigen Verfahrens aus dem interdictum duplex als erstes Stück der cetera ex interdicto zu thun ihr oblag: es hätte ihr also unter allen Umständen Gelegenheit zu den weiteren cetera gelassen werden müssen.

Indessen auch für den Fall, in welchem die besitzende Gegenpartei thatsächlichen Widerstand nicht leistete, würde dem Gegner die geschilderte Ermächtigung nur dann geholfen haben, wenn es ihm gelang, den Streitgegenstand zu finden. Das aber hätte doch seine Schwierigkeiten haben können, sobald der Besitzer jenen Gegenstand versteckt, und namentlich sobald er ihn der Aufbewahrung eines Dritten anvertraut hatte.

Die sichere Möglichkeit zum ducere des Streitgegenstandes ließ sich vermöge des Utrubi der nicht besitzenden Partei nur dann bieten, wenn der Erlaß des Interdictes in Anwesenheit des Streitgegenstandes erfolgte. Und

68) Der Besitzwille S. 128f. und S. 172.

darauf, daß dies in der That geschah, weiset eine Reihe von Umständen hin[68a]).

Zunächst erinnern wir an die bekannte Thatsache, daß die legis actio sacramento in rem wegen eines beweglichen Gegenstandes dessen Anwesenheit in iure voraussetzte[69]). Ist aber das Utrubi bereits zur Zeit des reinen Legisactionenprocesses entstanden[70]), so erscheint es fast selbstverständlich, daß jene Voraussetzung auf dasselbe übertragen wurde.

So ist es denn auch gewiß nicht eine bloße Laune des Zufalls, daß die Formel des Utrubi den Streitgegenstand in gleicher Weise mit dem Demonstrativum hic bezeichnet, wie dies die legis actio sacramento in rem bei einer beweglichen Streitfrage thut[71]). Das „hic" weiset eben auf etwas Gegenwärtiges hin[72]). Entsprechend lauteten, wie Pflüger treffend bemerkt, auch die Formeln der in iure cessio und der mancipatio einer beweglichen Sache, die ja bei dem Rechtsacte zugegen sein mußte, z. B.: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio[72a]). Dagegen heißt es im Uti possidetis, das eben nicht bei oder auf dem streitigen Grundstücke erging: eum fundum, eas aedes; und ebenso ist für die legis actio sacramento in rem wegen eines Grundstücks, welche

---

68a) Vgl. hierzu Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836a Ziffer 45 S. 268 f.

69) Gai IV, 16.

70) Vgl. unten §. 1852 Ziffer 4.

71) Gai. IV, 16.

72) Brissonius de verborum significatione ad v. hic: „pro eo, qui coram est, et ostenditur, ac veluti digito demonstratur". l. 58 (59) pr. D. de hered. inst. 28, 5 (Paul. lib. 4. ad Vitellium: Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse „hic mihi heres esto", cum sit coram, qui ostenditur). Pflüger a. a. O. S. 101.

72a) Gai. II, 24. I, 119. 121. Ulp. fragm. XIX, 6.

fern von diesem stattfand[73]), die Formel überliefert[74]): Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex iure Quiritium meum esse aio.

Erforderte jedoch das Utrubi die Anwesenheit des Streitgegenstandes, so müssen wir weiter annehmen, daß die nicht besitzende Partei, welche dieses Interdict erwirken wollte, mit dem geeigneten Rechtsbehelfe ausgerüstet war, den besitzenden Gegner zur Herbeischaffung der Sache in ius zu zwingen. Dieser Rechtsbehelf ist die actio ad exhibendum. Und nun finden wir in vier Stellen der Compilation[75]) das Interdict in nahe Beziehung zur Exhibition gesetzt. Freilich beweisen drei dieser Stellen an sich nicht mehr, als daß das Utrubi ein geeignetes iudicium directum für die Exhibitionsklage bildete, daß m. a. W. da, wo im Einzelfalle die Exhibition zweckmäßig war, der Nichtbesitzer, der das Utrubi erwirken wollte, sie klagweis ebenso erzwingen durfte, wie etwa der nichtbesitzende Eigenthümer, der die rei vindicatio beabsichtigte; — nicht jedoch, daß das Utrubi überhaupt nur nach vorgängiger Exhibition möglich war. Die vierte Stelle dagegen spricht dies geradezu aus.

---

73) Gai. IV, 17.

74) Cicero pro Murena 12, 26.

75) L. 3 §. 5 D. ad exhib. 10, 4: (Ulp. lib. 24. ad ed.) Sed et si quis interdicturus rem exhiberi desiderat, audietur. §. 11 eod.: — alioquin et qui dolo fecit, quo minus possideret, poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus neque interdicturus sit, et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. §. 12 eod.: Pomponius scribit eiusdem hominis recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo usus fructus sit, tertius possessionem suam contendat etc. l. 13 Cod. de R. V. 3, 32 (ſ unten den Text). Dazu Demelius, die Exhibitionspflicht S. 135 ff.

L. 13 Cod. de R. V. 3, 32:

Diocletian. et *Maxim.* a° 293. Ordinarii iuris est, ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.

Ob der Ausdruck „ducere" im Utrubi schon sprachlich nichts Anderes bedeuten könne, „als das Wegführen der in iure befindlichen Sache vom Gerichtsorte", wie Pfersche[76]) meint, dürfte allerdings recht fraglich sein. Denn schwerlich ist dies „die zweifellose Bedeutung des prätorischen „duci iubere" in den übrigen bekannten Fällen". Wenigstens dürfte sich gleich in dem ersten der von Pfersche für seine Behauptung angeführten Beispiele, dem duci iubere bei mangelnder defensio gegenüber der Vindication einer beweglichen Sache, das gerade Gegentheil ergeben: bei der rei vindicatio per formulam petitoriam gehört es zum officium iudicis, sich davon zu überzeugen, ob der Beklagte Inhaber des Streitgegenstandes ist[77]), und es ist daher für den Kläger rathsam, sich vor der Litiscontestation dieser Thatsache zu vergewissern[78]); hätte aber die Streitsache vor den Prätor gebracht werden müssen, so wäre beides gänzlich überflüssig. Das duci vel ferri iubere, das hier eintritt, wenn der Beklagte die cautio iudicatum solvi nicht leistet[79]), kann also nur in der Ermächtigung des Klägers bestehen, den Besitz der Sache aus dem Gewahrsam des Gegners sich selbst anzueignen[80]). — Gleichwohl läßt sich das ducere im Utrubi nur vom Wegführen des Streitgegen-

76) Die Interdicte des römischen Civilprocesses S. 81.
77) L. 9 D. de R. V. 6, 1.
78) L. 36 pr. eod.
79) L. un. §. 1 D. si quis ius dicenti 2, 3.
80) Vgl. Lenel, ed. perp. §. 51 S. 106f.

ſtandes ex iure verſtehen. Unter der Vorausſetzung nämlich, daß die thatſächlich beſitzende Partei superior ſein werde, ertheilt das Interdict die Ermächtigung zum ducere eben an ſie. Dieſe Ermächtigung würde jedoch gegenſtandslos ſein, wenn ſie ſich auf eine Sache bezöge, die der Ermächtigte in ſeinem Gewahrſam hält: hinſichtlich einer ſolchen bedarf es keines ducere mehr; Bedeutung erhält die Ermächtigung nur unter der Vorausſetzung, daß die Sache vor den Prätor gebracht und deſſen unmittelbarer Verfügung anheimgeſtellt werde.

Zu allem dem kommt endlich noch eine weitere Erwägung. So wenig der Gegner ſeinerſeits zum ducere vorzugehen imſtande iſt, wenn er die Sache nicht findet, eben ſo wenig vermag ohne den gegneriſchen Verſuch des ducere die thatſächlich beſitzende Partei etwas vorzunehmen, was jener als vis adversus edictum facta zur Grundlage einer Sponſion machen könnte. Denn das bloße Behalten der Sache, ja ſelbſt deren Benutzung, iſt keine vis, quo minus adversarius rem ducat. Es würde alſo in vielen Fällen trotz dem darauf gerichteten Willen jeder Partei gar nicht zum doppelſeitigen Verfahren kommen können, wenn nicht die thatſächlich beſitzende Partei verpflichtet wäre, den Streitgegenſtand dem Gegner vor die Augen zu ſtellen. Dies aber geſchieht ſchon wegen der ſichern Bekundung der beiderſeits vorzunehmenden vis am zweckmäßigſten in iure. Das Gleiche ergiebt ſich für den Fall, daß der nicht beſitzende Gegner die vis faciunda unterlaſſen ſollte. Allerdings ſehen wir es gegenüber ſeinem offenen Verzichte auf die cetera ex interdicto nicht als Erforderniß für die Berechtigung zum secundarium an, daß die andere Partei ihrerſeits etwas vorgenommen habe, was jener als vis adversus edictum facta anſprechen könnte[81]). Allein, wie darf es ihm als Unter-

81) Vgl. oben §. 1850 Ziffer 13 S. 458 f.

lassen der cetera angerechnet werden, daß er nicht versucht hat, eine Sache an sich zu nehmen, deren Verbleib er nicht kennt? Damit die thatsächlich besitzende Partei bei der Unthätigkeit des Gegners ein secundarium gegen ihn erwirken könne, muß er in der Lage gewesen sein, eine vis vorzunehmen. Auch dies jedoch wird sich mit Sicherheit nur dann feststellen lassen, wenn ihm die Gelegenheit dazu durch Darstellung der Streitsache in iure gewährt worden ist.

Hiermit darf es wohl als erwiesen gelten, daß beim Erlasse des Utrubi die Streitsache in iure zugegen sein mußte.

Auch wird dieser Beweis schwerlich erschüttert durch den scharfsinnigen Einwurf Hellmanns[82]), unsre Ansicht falle in sehr bedenklicher Weise in die Auffassung einer vis ex conventu zurück.

Denn zunächst ist hier weder von einer Verständigung der Parteien die Rede; noch ist der Versuch, den eine von beiden macht, die Streitsache mit sich zu nehmen, eine bloß zum Scheine, dicis gratia, vorgenommene Handlung: er ist vielmehr ein durchaus reales Vorgehen. Oder sollte nicht jene Partei dann, wenn nunmehr der Gegner den gleichen Versuch unterließ, die Sache unbeanstandet mit sich genommen haben? War aber die zwecks der ductio von der ersten Partei vorgenommene vis eine reale, so wurde sie dadurch gewiß nicht zur symbolischen, daß die andre gleichfalls den Versuch der ductio machte. Daß es freilich bei beiderseitigem Zugreifen nicht zu unliebsamen Thätlichkeiten komme, verhütete ohne Zweifel die Anwesenheit des Magistrates; eine reale vis ist indessen auch ohne Thätlichkeiten denkbar.

---

82) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft N. F. Bd. XVI. S. 369 f.

Anderseits dagegen läßt sich gar nicht darauf rechnen, daß die nicht besitzende Partei Gelegenheit zu einer realen vis erlange, wenn nicht die streitige Mobilie in ius gebracht wird. Hellmann meint allerdings, in der Aufforderung zur Herausgabe einer solchen Sache, an die man nicht herankommen kann, liege nicht weniger eine Bethätigung des Besitzanspruchs, als beim Uti possidetis in dem Verlangen ein Gebäude zu räumen. Allein wer in unmittelbarer Nähe eines Grundstücks dessen Besitzer auffordert, dasselbe zu räumen, der befindet sich in der Lage, den Besitz dieses Grundstücks zu ergreifen, sobald der Gegner es geräumt hat; wer aber die Herausgabe einer beweglichen Sache begehrt, von der es nicht gewiß ist, daß sie sich beim Gegner auffinden läßt. ja noch nicht einmal, ob sie bei diesem überhaupt vorhanden ist, der ist selbst dann, wenn ihm der Zutritt in die Wohnung des Gegners unbehindert verstattet wird, noch gar nicht in die Lage gesetzt, den Besitz jener Sache zu ergreifen und somit seinen Anspruch zu bethätigen.

Erging das Utrubi nur im Beisein der Streitsache, so ist damit seine Bezeichnung als interdictum retinendae possessionis fast noch besser gerechtfertigt, als die gleiche Bezeichnung für das Uti possidetis[83]): wer seinen Besitzanspruch durchsetzen will, muß in iure den Streitgegenstand festhalten. Ganz gleichgültig ist es dabei, ob er unmittelbar vor Erlaß des Interdictes den thatsächlichen Besitz gehabt hat oder nicht; auch wenn das Interdict für ihn recuperatorisch wirken soll, liegt es ihm jetzt ob, durch eignes Zugreifen den Besitz zu behaupten.

Jedenfalls ist für die thatsächlich besitzende Partei, gegen welche das Interdict erwirkt worden ist, vermöge der Duplicität desselben die rechtliche Möglichkeit ge-

83) S. oben §. 1850 Ziffer 9 S. 425.

geben, durch Einlassen auf das doppelseitige Verfahren den Besitz zu behalten; das Interdict ist also mindestens von ihrem Standpuncte aus betrachtet retinendae possessionis.

6. Ueber den Verlauf des Verfahrens nach Erlaß des Utrubi sind wir quellenmäßig nicht unterrichtet. Indessen dürfen wir die Vermuthung aussprechen, daß er sich verschieden gestaltete je nach dem Verhalten der Parteien.

Machten beide den Versuch des ducere rem, so war damit die Möglichkeit eröffnet, das Verfahren als doppelseitiges fortzusetzen. Vielleicht trat, wie beim Uti possidetis, auch hier zunächst eine fructus licitatio ein[84]), der dann im rerum actus der Abschluß der Doppelsponsionen und die Ueberweisung der daraus entspringenden Klagen, sowie der Nachklagen gegen den etwa unterliegenden plus licitans an einen iudex folgte[85]).

Verhielt sich dagegen bei dem Versuche der einen Partei, die Streitsache mitzunehmen, die andre unthätig, so konnte jene, einerlei ob sie unmittelbar vor Erlaß des Interdicts besessen hatte oder nicht, mit der Sache fortgehen. Vielleicht gab es auch ein interdictum secundarium prohibitorium, mittels dessen sie sich noch in dem nämlichen Termine Schutz gegen Störung in ihrem Besitze zusichern lassen konnte.

---

84) Der von Witte, das interdictum Uti possidetis S. 55, hiergegen vorgebrachte Einwurf, es habe näher gelegen, demjenigen den interimistischen Besitz zu belassen, der die Sache zuletzt in Händen gehabt habe, verliert alles Gewicht, wenn man mit uns annimmt, die Streitsache habe in ius mitgebracht werden müssen: damit war sie zunächst der Verfügung des Prätors anheimgestellt.

85) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838 c Ziffer 98 S. 203 f.

Dasselbe secundarium fand wohl auch dann Anwendung, wenn die nicht besitzende Partei die Durchführung der anfänglich von ihr begonnenen cetera ex interdicto unterließ.

Unterließ umgekehrt die besitzende Partei die cetera, so war damit der Boden für ein secundarium restitutorium bereitet. Jedenfalls war bei dieser Sachlage ein secundarium nothwendig. Denn das begonnene Verfahren ließ sich nunmehr als doppelseitiges nicht zu Ende bringen; und doch war für die nicht besitzende Partei ein Rechtsbehelf zur Durchführung ihres Anspruchs unentbehrlich.

7. In den Fällen, in denen das doppelseitige Verfahren durchgeführt wurde, diente das Utrubi, genau so wie das Uti possidetis, zur Entscheidung der Frage, welche beider Parteien als schutzwürdiger Besitzer zu gelten habe.

Darüber jedoch darf nicht der leiseste Zweifel bestehen, daß noch in spät classischer Zeit das Utrubi recht häufig in dieser Weise durchgefochten worden ist. Denn nur beim doppelseitigen Verfahren findet eine Vergleichung der Zeiträume statt, die für eine jede Partei als Besitzzeit innerhalb des letzten Jahres in Betracht kommen; nur hierbei kann von einer accessio possessionis überhaupt die Rede sein; diese aber wird, wie wir gesehen haben[86]), nicht nur von Venulejus[87]) und Scaevola[88]), sondern noch von Ulpian[89]) und Paulus[90]) in einer Ausführlichkeit erörtert, welche ihre große Erheblichkeit im damaligen Rechtsverkehre genugsam bezeugt.

86) Oben Ziffer 4.
87) L. 15 D. de div. temp. praescr. 44, 3.
88) L. 14 eod.
89) L. 13 §§. 1—13 D. de a. p. 41, 2.
90) L. 14 eod. l. 16 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

Sehr häufig aber wurde ohne Zweifel das Utrubi von jemanden impetrirt, der zwar innerhalb des letzten Jahres iuste ab adversario beseſſen hatte, dagegen augenblicklich nicht beſaß, wohl jedoch erwarten durfte, der Gegner werde es gar nicht auf das doppelſeitige Verfahren ankommen laſſen. Hier hat das Utrubi ebenſo rein recuperatoriſche Function, wie das Uti possidetis, wenn dieſes gegen denjenigen gerichtet wird, der iniuste vom Impetranten beſitzt. Vor dem Uti possidetis aber bietet es den Vorzug, daß es auch einen iustus possessor dann zur Herausgabe des Beſitzes nöthigt, wenn er dieſen innerhalb des letzten Jahres noch nicht längere Zeit gehabt hat, als der Impetrant. Da es jedoch gegen einen ſolchen iustus possessor wirkungslos bleibt, dem die Beſitzzeit des Impetranten ſelbſt zugerechnet wird, ſo beſchränkt ſich ſeine Anwendung gegen einen iustus possessor auf diejenigen Fälle, in denen der Impetrant entweder den Beſitz sine causa[91]) oder ex iniusta causa verloren hat[92]); oder doch die causa ſeiner Beſitzentäußerung anfechten kann[93]).

Hiernach gewährt das Utrubi, genau wie die condictio possessionis, dem ehemaligen Beſitzer lediglich auf Grund ſeines frühern Beſitzes und des unfreiwilligen oder ungerechtfertigten Beſitzverluſtes den Anſpruch auf Herausgabe des Beſitzes wider den gegenwärtigen Beſitzer. Dieſer Anſpruch iſt allerdings zeitlich beſchränkt, und zwar gegen den iniustus possessor ſchlechthin auf ein Jahr vom

91) Auf einen derartigen Fall bezieht ſich Petronius sat. c. 13: — iure civili (im Gegenſatze zu einem Strafverfahren) dimicandum est, ut, si nollent alienam rem (eine verlorene Tunica) domino reddere, ad interdictum venirent.

92) Vgl. Pflüger a. a. O. S. 110 ff.

93) S. oben Ziffer 3 S. 597.

Besitzverluste des Impetranten, gegen den iustus possessor längstens auf ein halbes Jahr vom Besitzerwerbe des Impetraten.

Gegenüber dieser zeitlichen Beschränkung aber, der die condictio possessionis nicht unterliegt, hat das Utrubi vor dieser Klage sehr erhebliche Vorzüge.

Solche entspringen zunächst aus der Form des Verfahrens.

Einmal ist der Erlaß des Interdicts nicht, wie die litis contestatio aus einer condictio, an den rerum actus gebunden.

Sodann trägt das Utrubi als prohibitorisches Interdict in jedem Falle dem Sieger neben der sachlichen Befriedigung eine hohe Proceßbuße ein.

Endlich sichert es, sofern in der That bei ihm die Streitsache in ius gebracht werden mußte, die Wiedererlangung der Sache selbst.

Aber auch in seinen Voraussetzungen ist das Utrubi dem nichtbesitzenden Impetranten in mehreren Stücken vortheilhafter, als die condictio.

Einerseits geht diese nur gegen denjenigen, der den Besitz ohne rechtfertigenden Grund unmittelbar vom Kläger erworben hat; das Utrubi richtet sich auch gegen einen spätern Besitzer, mag dieser Rechtsnachfolger dessen sein, gegen den das Interdict zuerst hätte impetrirt werden können, oder mag er selbst wieder unmittelbar oder mittelbar den Besitz iniuste oder ex iniusta causa erworben haben. Ja, wer von einem Nachbesitzer des Impetranten den Besitz iusto titulo, jedoch in schlechtem Glauben erworben hat, haftet dem Utrubi sogar als clandestinus possessor[94]).

Anderseits war die Vertheidigung gegen das Utrubi wesentlich beschränkter, als diejenige gegen die condictio

94) L. 40 §. 2 D. de a. p. 41, 2 (s. oben S. 567 f.).

possessionis. Es ist zwar nicht richtig, daß der besitzende Eigenthümer der condictio possessionis stets die Berufung auf sein Eigenthum entgegensetzen darf. Allein soweit er ein fremdes Besitzrecht nicht anzuerkennen braucht, ist gegenüber der condictio possessionis die Berufung auf sein Eigenthum gewiß zulässig[95]). Dem Utrubi gegenüber galt freilich jeder besitzende Eigenthümer, der den Besitz nicht etwa unter Verletzung eines fremden Besitzrechts oder mit Waffengewalt sich angeeignet hat, als iustus possessor[96]); allein er unterlag ihm gleichwohl, solange nicht seine Besitzzeit länger geworden war, als die Besitzzeit des Gegners innerhalb des letzten Jahres.

Nicht minder stehen Einwendungen aus Forderungsrechten der condictio possessionis entgegen, wenn der Beklagte den Besitz iuste erworben hat[97]); dem Utrubi können sie überhaupt nicht entgegen treten[97a]).

Das Utrubi gewährte demnach so viel Vortheile, daß ein römischer Jurist sehr tadelnswerth gewesen sein würde, wenn er es seinem Clienten nicht vor anderen Rechtsbehelfen[98]), namentlich auch vor jener condictio, solange empfohlen hätte, als es infolge seiner zeitlichen Beschränkung noch nicht entkräftet war[99]).

---

95) S. unten §. 1853 zu N. 10ff.

96) S. oben Ziffer 3 S. 576.

97) S. unten §. 1853 nach N. 15.

97a) Darüber, daß der condictio ebensowenig wie dem Utrubi der Einwand entgegensteht, Kläger habe ex non honesta causa besessen, s. unten §. 1853 zu N. 21f.

98) Bei gewaltsamer Entziehung des Besitzes einer beweglichen Sache bot allerdings die actio vi bonorum raptorum den Vortheil der Verurtheilung auf den vierfachen Werth der Sache; auch stand sie dem bloßen Detentor zu. L. 2 §§. 22–24 D. vi bon. rapt. 47, 8. Aber auch ihr stand die Berufung auf das Eigenthum des Beklagten entgegen. L. 2 cit. §. 18.

99) A. M. Pflüger a. a. O. S. 119, S. 128.

Dem gegenüber haben nun allerdings die condictiones sine causa vor dem Utrubi den Vorzug, daß sie fortdauernden Besitz des Gegners nicht voraussetzen. Auch ohne solchen haftet er mindestens auf seine grundlose Bereicherung[100]); die condictio possessionis ex causa furti[1]) ist sogar völlig unabhängig von der Bereicherung des fur[2]). Allein wenn der Beklagte nicht mehr besitzt, so kann der Kläger mit einer condictio possessionis höchstens Schadenersatz erlangen, nicht die Sache selbst; und eben deshalb mußte ihm das Utrubi, ganz abgesehen von dessen sonstigen Vorzügen, besonders werthvoll sein, weil es auch gegen den dritten Besitzer ging.

Zweifelhafter ist es, ob das Utrubi unter Umständen statt der recuperatorischen Function, gleich dem Uti possidetis, etwa die Function haben könne, eine nicht auf Besitzentziehung abzielende Störung des Besitzes abzuwehren.

Als Besitzstörung nämlich kann auch bei beweglichen Sachen nur ein solcher Eingriff in die beim Besitzer vorhandene Möglichkeit der thatsächlichen Verfügung gelten,

---

100) S. unten §. 1853 Ziffer 1 zu N. 9a.

1) L. 25 §. 1 D. de furt. 47, 2.

2) §. ult. (19) J. de obl. quae ex del. 4, 1. l. 7 §. 1. l. 8 pr. D. de cond furt. 13, 1. Freilich sprechen diese Stellen nur von der condictio rei, d. h. der condictio des Eigenthümers der gestohlenen Sache; es ist jedoch kein Grund ersichtlich, sie nicht auch auf die condictio possessionis ex causa furti anzuwenden, die doch, wie Pflüger S. 127 ausdrücklich ausspricht, ebenfalls eine condictio furtiva ist. Wenn er daher S. 126 dieser condictio nur solange stattgiebt, als der fur noch besitzt, so scheint mir das eine unbegründete Behauptung. Vollends aber ist es vom Standpuncte seiner Ansicht nicht zu verstehen, wie er S. 128 behaupten kann, daß zu Ulpians Zeit das Utrubi für den Fall heimlicher Wegnahme ganz außer Gebrauch gekommen sei.

durch welchen dem Besitzer diese Möglichkeit geschmälert wird, quo prohibetur uti sua re arbitrio suo, libera possessio ei non relinquitur. Ein bloß vorübergehendes Zurückhalten des Besitzers von der Sache, oder umgekehrt ein bloß vorübergehendes Vorenthalten der Sache, ohne daß der Vorenthaltende seinerseits eine Verfügung über die Sache vornimmt, bildet nicht den Thatbestand einer Besitzstörung, sondern denjenigen einer Injurie[3]). Um aber über eine in fremdem Besitze befindliche leblose Mobilie eine Verfügung vornehmen zu können, durch welche die Möglichkeit der Verfügung für den bisherigen Besitzer betroffen wird, muß man ihm zuvor den Besitz entziehen: eine Störung ohne Besitzentziehung ist hier nicht denkbar. Dasselbe wird aber auch bei Sklaven anzunehmen sein und ebenso bei Thieren, die, wie z. B. Hunde, sich locken lassen. Hat nämlich die Lockung nicht den Erfolg, daß der Sklave oder das Thier, den bisherigen Besitzer verlassend, in den Besitz des Lockenden übergeht, so liegt in ihr überhaupt keine Störung des bisherigen Besitzstandes: der Besitzer verfügt über die Sache völlig so unbehindert, wie zuvor; — hat dagegen die Lockung den bezweckten Erfolg, so ist der bisherige Besitzstand nicht bloß gestört, sondern gänzlich aufgehoben.

8. Das äußere Verhältniß zur Sache, dessen längerer Bestand innerhalb des letzten Jahres den Sieg verschafft, ist im Interdicte kurzweg mit ubi — fuit bezeichnet. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß das Utrubi nicht jede längere Innehabung einer beweglichen Sache innerhalb des letzten Jahres unter seinen Schutz stellte, sondern nur gewisse Fälle solcher Innehabung. Die Festsetzung

---

3) L. 25 D. de A. E. 19, 1. l. 13 §. 7 med. l. 24 D. de iniur. 47, 10. Paul. V, 6, 5.

aber der hierher gehörigen Fälle überließ der Prätor, wie beim Uti possidetis, der Praxis. Sie ist nach den nämlichen Gesichtspuncten erfolgt, wie bei diesem Rechtsbehelfe; und so werden denn auch die geschützten Fälle unter der Bezeichnung „possidere" zusammengefaßt[4]); possessor einer beweglichen Sache ist, wer den Schutz des Utrubi mit Erfolg beanspruchen kann. Wir haben bereits gesehen, daß possessor in diesem Sinne unter Umständen auch der Sequester ist, obgleich er eignes Interesse an der Innehabung der ihm anvertrauten Sache nicht hat[5]).

Stets aber wird vorausgesetzt, daß der Besitz, und zwar gegenüber dem Gegner als fehlerfreier, innerhalb des letzten Jahres vor Erlaß des Interdictes stattgefunden habe. Diese Wirkung des Besitzes erlischt m. a. W. längstens mit Ablauf eines Jahres nach seinem Verluste. Allein für den ehemaligen Besitzer ist die Gefahr, schon in kürzerer Zeit den Schutz zu verlieren, nur dann ausgeschlossen, wenn der Gegner innerhalb jenes Jahres entweder überhaupt nicht besessen hat, oder doch nur aut vi aut clam aut precario von ihm. Ist dagegen die fehlerfreie Besitzzeit, welche dem Gegner zugute kommt, auch nur um einen Augenblick länger, als die Besitzzeit, welche der frühere Besitzer sich anrechnen darf, so ist damit dessen Anspruch auf Besitzschutz erloschen, wie umgekehrt dem gegenwärtigen Besitzer eine fehlerfreie Besitzzeit inner-

---

4) S. z. B. Gai. IV, 150: — si vero de re mobili (scil. interdicitur), eum potiorem esse iubet (scil. praetor), qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possederit etc. Paul. V, 6, 4 i. f.: qui — possedit. §. 4a med. J. de interd. 4, 15: qui — possidebat. L. 1 §. 1 i. f. h. t. vom spätern Rechte: qui — possessionem habet.

5) S. oben §. 1850 Ziffer 17 S. 501 ff. und in diesem Paragraphen Ziffer 3 S. 578 ff.

halb des letzten Jahres solange keinen Schutz gegenüber einem nicht besitzenden Gegner gewährt, als dieser noch eine längere fehlerfreie Besitzzeit geltend machen kann.

L. 156 D. de V. S. 50, 16.

Licinnius Rufinus lib. 10. regularum: „Maiore parte anni“ possedisse quis intellegitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit.

Stehen sich also ein gegenwärtiger und ein ehemaliger Besitzer gegenüber, deren jeder sich eine Besitzzeit aus dem letzten Jahre anrechnen darf, so erlischt der Anspruch des ehemaligen Besitzers auf Schutz mit dem Utrubi niemals innerhalb einer einfürallemal bestimmten Frist, sondern schon dann, wenn die dem thatsächlichen Besitzer zugute kommende Besitzzeit die Besitzzeit des ehemaligen Besitzers übersteigt. Die Höchstdauer für den Schutzanspruch des ehemaligen Besitzers kann also nicht über ein halbes Jahr = 182½ Tag betragen[6]).

Für den gegenwärtigen Besitzer tritt selbstverständlich ein Verlust des Anspruchs auf das Utrubi durch Zeitablauf überhaupt nicht ein.

Hinsichtlich der zeitlichen Beschränkung des Rechtes auf Erwirkung der Sponsionen ex interdicto reddito, sowie hinsichtlich der activen und der passiven Vererbung des Anspruchs auf das Interdict selbst gilt das für das Uti possidetis Ausgeführte[7]).

---

6) Der etwa in dieses Halbjahr fallende Schalttag wurde gemäß l. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3 nicht mit eingerechnet, verlängerte m. a. W. den Besitzschutz für den ehemaligen Besitzer.

7) S. oben §. 1850 Ziffer 21 und 22.

§. 1852.

5. Entstehung der Besitzinterdicte[1]).

1. Im Anschlusse an eine Aeußerung Niebuhrs[2]) hat Dernburg[3]) die Ansicht ausgeführt, die possessorischen Interdicte seien aufgestellt, um das staatsseitig eingeräumte Innehabungsverhältniß am ager publicus zu schützen, und erst später zum Schutze des Besitzes von Privatgrundstücken benutzt worden.

Nach Dernburg[4]) hat der römische Staat durch die, wenn schon nur stillschweigend gewährte, Concession zur Occupation von Theilen des ager publicus die demgemäß in Benutzung genommenen Stücke deren Inhabern als precarium überlassen. Das Verhältniß des Precaristen zu der ihm überlassenen Sache werde noch von den späteren römischen Juristen als possessio aufgefaßt, und ebenso werde in unzähligen Stellen der Besitz von Gemeinland als possessio bezeichnet. Das ius civile habe diesen

1) Karlowa, römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 313—328.

2) Römische Geschichte Bd. 2 1. Ausg. S. 168: (Der Schutz dieses Besitzes) (nämlich an occupirten Stücken des ager publicus) „ward durch die possessorischen Interdicte gewährt; denn ich halte nichts für unzweifelhafter, als derselben unmittelbare und ursprüngliche Beziehung auf diesen Besitz. — Unmittelbar auf den Besitz des ager publicus deutet der Inhalt der prätorischen Schutzgebote: freilich nicht die Formel des Interdikts uti possidetis, wie wir sie jetzt aus dem beständigen Edikt lesen, denn hier ist die Rede von Häusern; wohl aber die weit ältere, ursprünglich aus Aelius Gallus erhaltene: diese redet ausdrücklich von einem Fundus." Diese Ansicht theilen Schwegler, römische Geschichte Bd. 2 S. 426 ff., Marquardt, römische Staatsverwaltung 2. Aufl. 1881. Bd. 1 S. 100 Anm. 3. v. Savigny, das Recht des Besitzes 7. Aufl. §. 12[a] S. 198 ff.

3) Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. 1883.

4) A. a. O. S. 5 ff.

Lehnbesitz völlig unberücksichtigt gelassen; nachdem er aber bis zu 500 iugera durch die leges Liciniae Sextiae[4a]) eine Art gesetzlicher Rückendeckung erhalten, habe der Prätor zu seinem Schutze zunächst das Uti possidetis eingeführt, das sich als Nachbildung der für das Allod dienenden legis actio sacramento in rem darstelle[5]). Als wichtigstes Quellenzeugniß hierfür wird Festus s. v. possessio beigebracht.

Diese Stelle lautet nach der ihr von Huschke[6]) gegebenen Lesart:

Possessio est, ut definit Aelius Gallus, usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager, non enim possessio est e rebus, quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere[7]). Itaque in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium[8]) possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: Uti nunc possidetis eum fundum, q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

Der Verfasser dieser Nachricht gehe davon aus, daß derjenige, der Besitz behaupte, Eigenthum nicht beanspruchen könne, da es ihm unmöglich sei, mit der Behauptung zu klagen, daß ihm seine Besitzung nach Quiritenrecht zugehöre. In diesem Sinne stelle er das Interdict neben die Eigenthumsklage; er unterstelle offenbar,

---

4a) Die übrigens nebenbei bemerkt eine Erfindung späterer Zeit sind. S. Benedictus Niese im Hermes Bd. 23 S. 410ff.

5) A. a. O. S. 15.

6) Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern S. 93ff.

7) nec suum, qui dicit se possidere, is vere potest dicere Mommsen.

8) ex his qui Mommsen.

daß man nur das eine oder das andre Rechtsmittel geltend machen könne, und erklärt, daß der Possessor mit dem Interdict zu klagen habe. Allerdings sage Festus nicht ausdrücklich, daß der von ihm gemeinte Besitzer eine Possession am Gemeinland habe. Allein zweifellos sei dies doch die wichtigste Possession noch zur Zeit des Aelius Gallus neben dem quiritischen Eigenthume gewesen: wenn man damals von Possessionen gesprochen, die im quiritischen Eigenthume nicht stehen dürfen, so habe man darunter nothwendig die Possessionen am ager publicus begriffen. Hiernach weise das Zeugniß unzweideutig darauf hin, daß das Uti possidetis dem Schutze des Besitzes am ager publicus gedient habe.

Eine Unterstützung dieser Annahme gebe Cicero de lege agraria III, 3, 11:

> nam attendite, quantas concessiones agrorum hic noster obiurgator uno verbo facere conetur: „quae data donata concessa vendita“ — patior; audio; quid deinde? „possessa“. haec tribunu splebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo iure teneret, quo qui optimo privatum! Etiamne si vi eiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Rullus, der von Cicero angegriffene Tribun, habe in seinem Ackergesetze den Zustand der Besitzer derjenigen Ackergrundstücke consolidiren wollen, die seit dem Consulate von Marius und Carbo aufgetheilt worden seien oder auch einen Besitzer gehabt haben. Er habe deshalb vorgeschrieben, daß fortan solche possessa in das quiritische Recht des Besitzers treten, m. a. W. allodificirt werden sollten. Gegenüber der Frage nun, wer bisher der wahre Besitzer gewesen, stelle Cicero sich auf den Standpunct, daß unter possessa nur der gegenwärtige thatsächliche

Besitz des Lehngutes verstanden werde, daß hiernach die Rechte derjenigen, denen der Besitz vi, clam oder precario entwunden sei, verletzt, die Interdicte, welche jene Rechte schützen sollten, umgestürzt würden. Es ergebe sich hieraus klar, daß für den Lehnbesitz am ager publicus Interdicte aufgestellt gewesen, welche die exceptio vitiosae possessionis enthielten.

Daß weder Festus noch Cicero das beweisen, was Dernburg aus ihnen herauslieset, ist schon von Anderen dargelegt. Treffend hat v. Ihering[9]) bemerkt, daß die Anwendung des Uti possidetis auf den ager publicus schon an der von Festus überlieferten Fassung auf eum fundum scheitere. „Ager ist Grund und Boden schlechthin und erhält seine nähere Bestimmtheit erst durch Zusätze (publicus, privatus, vectigalis, tributarius u. s. w.), fundus ist das durch Einheit des Betriebes gebildete landwirthschaftliche Individuum: der römische Bauernhof, beide Ausdrücke verhalten sich zu einander wie bei beweglichen Sachen in der Lehre von der Specification substantia zu forma, species. Ager bezeichnet die Substanz, der der fundus entnommen ist, zum fundus wird er erst, um im Vergleich zu bleiben, durch die landwirthschaftliche Specification, durch den einheitlichen bäuerlichen Betrieb." Und Karlowa[10]) fügt hinzu: „Die Flächen des ager publicus sind gar nicht in einzelne Grundstücke, welche rechtlich Sachen für sich wären, eingetheilt. Die von den Privaten, welche Stücke desselben occupirt hatten, angebrachten Grenzzeichen schufen, bevor nicht das Occupirte durch Staatsgesetz in Privateigenthum verwandelt war, keine Sachen für sich, sie schieden das Occupirte nicht als Sache für sich aus dem Ganzen des ager publicus aus.

9) Der Besitzwille S. 124 N. 1.

10) Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 317 N. 1. Vgl. l. 60 und l. 211 D. de V. S. 50, 16.

Das Uti possidetis wäre in Anwendung auf den ager publicus also nur vorstellbar mit der Formel: Uti possidetis eum locum u. s. w., welche gewiß nicht die älteste ist[11])."

In der That sagt Aelius Gallus nur, daß der, qui dicit se possidere, seinen Besitz nicht mit der legitima actio geltend machen könne, da er nicht ex iure Quiritium possessionem suam vocare könne, vielmehr seine Zuflucht zum interdictum Uti possidetis nehmen müsse[12])." Mit dem gleichen Rechte aber, mit dem Dernburg aus der Anwendung des Ausdrucks possessio auf das Innehabungsverhältniß am ager publicus folgert, es sei durch die Festusstelle bewiesen, daß das Uti possidetis dem Schutze des Besitzes am ager publicus diente, könnte man beweisen, daß der Pächter und der Miether das Uti possidetis habe, denn auch sie haben eine Art possessio, welche sie unzweifelhaft nicht ex iure Quiritium suam vocare können. „Aelius Gallus denkt aber nur an die durch das interdictum Uti possidetis geschützte possessio. Daß eine solche dem Besitzer von Gemeinland zukam, kann unmöglich aus der Stelle gefolgert werden[13])." Ebenso wenig folgt dies aus der Bezeichnung der Besitzer

11) Welcher Rechtsbehelf die Innehabung am ager publicus schützte, ist hier nicht zu untersuchen. Schwerlich war es, wie Bekker, Zeitschr. der Savigny-Stiftung Bd. 5 roman. Abth. S. 147 f., annimmt, eine utilis rei vindicatio; eine solche „führt nicht in die Legisactionenzeit hinauf, um die es sich doch handelt!" Dernburg, Pandekten Bd. 1 §. 171 Anm. 3 4. Aufl. S. 405. M. E. war es das interdictum de loco publico fruendo. S. diese Serie des vorliegenden Commentars Thl. 4 S. 284 ff. Puchta, Cursus der Institutionen §. 227 zu N. c. 8. Aufl. Bd. 2. S. 147. v. Jhering, Besitzwille S. 125 N. 1. Ein anderes, mit dem ager publicus in Italien unpraktisch gewordenes, Interdict nimmt an Karlowa a. a. O. S. 317.

12) Karlowa a. a. O. S. 314.

13) Karlowa a. a. O.

und des Besitzes von Stücken des Gemeinlandes mit den Ausdrücken possessores, possessio. Denn der republicanische Sprachgebrauch verstand unter possessio noch nicht vorzugsweis die possessio ad interdicta, sondern nahm das Wort noch häufiger in dem weitern Sinne, der die Detention mitumfaßt[14]); und noch in der Kaiserzeit wird es für manche Verhältnisse gebraucht, die dem ius civile nicht angehören, wie possessio damni infecti nomine ex secundo decreto, possessio ususfructus, hereditatis s. bonorum possessio[15]). Wird also auch der Besitzer von Gemeinland possessor genannt, so folgt daraus mit Sicherheit nur, daß ihm Eigenthum ex iure Quiritium nicht zukam[16]).

Nicht beweiskräftiger ist Cic. de lege agr. III, 3, 11. Diese Stelle selbst weiset darauf hin, daß concessa andere Dinge sind als possessa[17]). Im unmittelbaren Fortgange seiner Rede aber (III, 12) spricht Cicero es aus, daß gemäß der lex Cornelia viele Ländereien der von Sulla Geächteten für den Staat eingezogen, aber weder assignirt, noch verkauft, vielmehr von einer geringen Anzahl von Menschen eigenmächtig in Besitz genommen, m. a. W. auch nicht in Dernburgs Sinne als Lehnbesitz (concessa) innegehabt werden[18]). Eben diese eigen-

14) S. l. 3 §. 23 D. de a. p. 41, 2. (oben §. 1850 Ziffer 19 N. 67 S. 542).

15) v. Savigny, das Recht des Besitzes §. 12a 7. Aufl. S. 199f.

16) Karlowa a. a. O. S. 314.

17) Bekker, Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 5 roman. Abth. S. 148.

18) Cic. l. c. §. 12: Non mediocris res, neque parvum sub hoc verbo (scil. possessa) furtum, Quirites, latet. Sunt enim multi agri lege Cornelia publicati, nec cuiquam assignati, neque venditi, qui a paucis hominibus impudentissime possidentur. his cavet, hos defendit, hos pri-

mächtig occupirten Ländereien sind die possessa des von Cicero bekämpften Gesetzesvorschlags. Die unbestimmte Fassung des Vorschlages aber geht noch über sie hinaus und umfaßt alle nach dem genannten Consulate in Besitz genommenen Grundstücke, sollte gleich die Besitznahme vi, clam, precario geschehen sein. Da sich also unsre Stelle ganz und gar nicht auf die Gemeindeländereien beschränkt, so liegt auch in ihr kein Zeugniß dafür, daß der Lehnbesitz am Gemeindelande durch Interdicte geschützt wurde, welche die exceptio vitiosae possessionis enthielten und demnach als das Uti possidetis und das Unde vi anzusprechen wären[19]).

Endlich hat Dernburg[20]) noch die lex agraria v. J. 643 d. St. als Beleg dafür aufgeführt, daß das Unde vi den Possessionen am Gemeinlande zugehöre. Nachdem das Gesetz, sagt er, in Z. 14 bestimmt habe, daß gewisse näher bezeichnete Possessionen am Gemeinlande in Privateigenthum übergehen sollten, fahre es Z. 18 fort:

[*Sei quis eorum, quorum age*]r s(upra) s(criptus) est, ex possesione vi eiectus est, quod eius, quei eiectus est, possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ab ea possesione vi eiec[*erit; quem ex h. l. de ea re ious deicere oportebit, sei is quei ita eiectus est, ad eum de ea re in ious adierit ante eidus Mar*]tias, quae post h. l. rog. primae erunt, facito, utei is, quei ita vi eiectus e[*st, in eam possesionem unde vi eiectus est, restituatur.*]

Allein diese Stelle bezieht sich auf die in den unmittelbar vorgehenden Zeilen des Gesetzes erwähnten

vatos facit: hos, inquam, agros, quos Sullo nemini dedit, Rullus non vobis assignare vult, sed eis condonare, qui possident.

19) Karlowa a. a. O. S. 314f.

20) Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes S. 33f.

Poſſeſſionen vom ehemaligen Gemeinlande, die in Privateigenthum verwandelt worden waren: den aus dieſen Privatgrundſtücken Dejicirten ſoll das Unde vi zuſtehen[21]).

Dernburgs Anſicht ſtellt ſich ſomit als eine völlig unbewieſene Hypotheſe heraus.

Uebrigens beſteht zwiſchen jenem Lehnbeſitze am ager publicus und dem juriſtiſchen Beſitze an Privatgrundſtücken ein ſo großer Unterſchied, daß es völlig unerklärt bliebe, wie das für jenen Beſitz geſchaffene Rechtsmittel auf dieſen Beſitz hätte übertragen werden können. Jener Beſitz hat die concessio populi Romani zur unerläßlichen Vorausſetzung; dieſer hat ſeine Grundlage in dem rein thatſächlichen Verhältniſſe zur Sache, ſofern nicht etwa deſſen causa den Beſitzſchutz ausſchließt. Er erliſcht deshalb nicht nur mit dem Tode des Beſitzers, ſondern mit jeder thatſächlichen Beendigung des Verhältniſſes zur Sache, und wird im letztern Falle nur gegenüber demjenigen geſchützt, der ihn vitio dem bisherigen Beſitzer abgenommen hat; der Beſitz am ager publicus dagegen iſt vererblich[22]), und es wäre ſchlechterdings unbegreiflich, wenn er bei unfreiwilligem Verluſte nur gegenüber dem iniustus possessor hätte verfolgt werden können.

---

21) Rudorff, Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 10 S. 63 ff. Karlowa a. a. O. S. 315.

22) Appian. bell. civ. 1, 10. Florus epitomae de Tito Livio bellor. omn. annor. DCC libri ed. O. Jahn II, 1 (III, 13). Dernburg a. a. O. S. 8 N. 8. Selbſtverſtändlich gab auch das civile Erbrecht kein civiles Recht am ager publicus; allein es ſcheint mir geradezu nothwendig, daß der civis Romanus, ſobald er neben Vermögensrechten des ius civile auch ſolche ſeinen Tod überdauernde Vermögensrechte haben konnte, welche das ius civile nicht anerkannte, auch dieſe auf ſeinen heres vererbte. Vgl. l. 19 pr. §. 2 D. de H. P. 5, 3 und dazu Thl. 3 dieſer Serie des Commentars S. 61 ff.

2. Eine zweite Anſicht findet den Grund für die Aufſtellung der interdicta retinendae possessionis darin, daß mittels ihrer die Parteirollen für den Eigenthumsſtreit haben feſtgeſtellt werden ſollen[23]). Der Beweis für dieſe Anſicht ſoll liegen in

Gai. IV, 148: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia conparata sunt Uti possidetis et Utrubi.

L. 1 §§. 2 sq. D. uti poss. 43, 17:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3: Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille[24]) petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in[25]) cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

§. 4 J. de interd. 4, 15: Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta Uti possidetis et

23) So namentlich Puchta a. a. O. §. 227. 8. Aufl. S. 147. v. Ihering, über den Grund des Beſitzſchutzes S. 78 ff. Pflüger, Beſitzklagen S. 8, der jedoch im Arch. für die Civil. Prax. Bd. 79 S. 435 N. 74 dieſe Anſicht ausdrücklich zurückgenommen hat.

24) quem convenit non possidere *ins.* M.

25) de *edd.*

Utrubi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi res eius non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitorem iudicari solet[26]).

Nun wird allerdings zugestanden werden müssen, daß diese letzte Stelle als Zweck für die Aufstellung der interdicta retinendae possessionis die Regulirung der Parteirollen für den Eigenthumsstreit angiebt[27]); es sind die Worte „comparata sunt" angesichts solcher Stellen wie Gai. IV. 35. 70. 71. 143. 147. 169. 170 nicht füglich zu übersetzen mit: „sie sind dazu bereit", d. h. sie werden benutzt[28]). Allein §. 4 cit. init. ist als kritiklose Umarbeitung von Gai. IV, 148 ohne jede Bedeutung. Gaius l. c. aber sagt freilich, das interdictum retinendae possessionis causa pflege ertheilt zu werden, wenn vor Beginn eines Eigenthumsprocesses über die Vertheilung der Parteirollen gestritten werde: nicht jedoch sagt er, die Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreite sei die res, cuius gratia das Uti possidetis

26) Vgl. auch l. 35 D. de a. p. 41, 2. l. 3 Cod. de interd. 8, 1, Theophil. ad §. 4 J. cit. 4, 15.

27) Dernburg, Entwicklung S. 51.

28) Duncker, die Besitzklage S. 66 N. 3. Klein, Sachbesitz S. 133. S. dagegen Krüger, kritische Versuche S. 80 zu N. 1. Bruns, Besitzklagen S. 20.

und das Utrubi comparata sunt: diese res ist nach ihm vielmehr die retinendae possessionis causa. Ulpian vollends in l. 1 §§. 2 sq. D. uti poss. sagt mit keinem Worte, daß das Uti possidetis zwecks Regulirung der Parteirollen für den Eigenthumproceß aufgestellt worden sei; er sagt vielmehr, es sei aufgestellt, weil der Besitz und das Eigenthum getrennt behandelt werden müssen; seine Verwendung zu jener Regulirung wird erst hinterher erwähnt[29]).

In der That kann es gar nicht zweifelhaft sein, daß die interdicta retinendae possessionis auch da stattfinden, wo der Gedanke an einen Eigenthumsanspruch völlig ausgeschlossen bleibt, so z. B. wenn der eine Besitzprätendent seinen Besitzanspruch auf ein Faustpfandverhältniß stützt. Die Regulirung der Parteirollen für einen etwa beabsichtigten Eigenthumsproceß ist also nicht sowohl der Zweck des Besitzstreites, als vielmehr seine Wirkung.

Sind jedoch die interdicta retinendae possessionis nicht zu dem Zwecke aufgestellt worden, die Parteirollen für einen Eigenthumsstreit zu reguliren, so haben sie um so weniger dazu dienen können, in dieser Function die Vindicienen-

29) Aehnlich Dernburg a. a. O. S. 52 f. Karlowa a. a. O. S. 317 erblickt in diesen beiden Stellen in der That Angaben über den Zweck der Aufstellung der interdicta retinendae possessionis, nicht jedoch der ersten geschichtlichen Aufstellung, sondern der Aufstellung im hadrianischen Edicte. Und wenigstens für den Fall, daß Gai. IV, 148 und l. 1 §§. 2 sq. h. t. in der Regulirung der Parteirollen den Grund der Aufstellung jener Interdicte gesehen haben, sucht auch Dernburg a. a. O. S. 53 diesen Ausweg. Bruns, Besitzklagen S. 22 f. will die causa proponendi, d. h. den geschichtlichen Anlaß der ersten Aufstellung, von der causa reddendi, d. h. den praktischen Zweck des Erlasses, unterscheiden. Gemäß dem Texte ist das Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836[b] Ziffer 48 zu N. 12 Gesagte zu berichtigen.

theilung der legis actio sacramento in rem abzulösen[30]). Im alten Vindicationsproceſſe kam vielmehr dem Beſitze als ſolchem eine ſelbſtändige Bedeutung überhaupt nicht zu: die Vindicienverleihung bezweckte nur, für die Dauer des Eigenthumsproceſſes den thatſächlichen Aufenthalt der Streitſache zu beſtimmen; dieſe Beſtimmung übte jedoch keinerlei Einfluß auf die Parteirolle und damit auf die Vertheilung der Beweislaſt.

Wie iſt nun das römiſche Recht zu einer ſelbſtändigen Entſcheidung über den Beſitz und zu einem Schutze des Beſitzes als ſolchen gekommen?

3. Karlowa[31]) geht gewiß mit Recht davon aus, daß das Verfahren über die Frage „uter possessor“ weſentlich praktiſchen Beweggründen entſprungen ſei. Solche erblickt er darin, daß die Sacramentsvindication unzulänglich werden mußte, ſobald der ager Romanus ſich über einen großen Theil Italiens erſtreckt hatte, alſo etwa zur Zeit des Appius Claudius Caecus, um die Mitte des fünften Jahrhunderts d. St. Mit der Vermehrung der Eigenthumsproceſſe ſei zugleich die Schwierigkeit ihrer raſchen Erledigung gewachſen; anderſeits haben Eigenthumsſtreitigkeiten jetzt leicht zu Thätlichkeiten geführt. So ſei die beſondere Behandlung der Frage „uter possessor“ praktiſches Bedürfniß geworden. Vermuthlich ſei der Beſitzſchutz zuerſt entſtanden gegenüber Dejection, demnächſt gegenüber dem clam und dem precario possidere. „Hatte man aber einmal an-

30) v. Jhering, Grund des Beſitzſchutzes S. 76 (vgl. denſ., Beſitzwille S. 91, 113, 123 zu N. 2 und 3), der annimmt, die Beſitzfrage ſei damit aus einem Gegenſtande des discretionären Ermeſſens des Prätors eine Sache geregelter richterlicher Entſcheidung geworden. Etwas anders Bekker, Recht des Beſitzes S. 99, der ſchon dem Vindicienverfahren die Behandlung der Frage „uter possessor“ beilegt. S. dagegen Karlowa a. a. O. S. 318.

31) A. a. O. S. 318ff.

gefangen, Interdicte auf Restitution eines durch Gewaltthätigkeit oder durch heimliches Eindringen oder unter Mißbrauch einer Liberalität entzogenen Besitzes zu gewähren, so mußten bald Bedürfniß und Gedanke sich regen, auch Rechtsmittel zur Entscheidung eines Streites über den gegenwärtigen Besitz und damit zur Verhütung bevorstehender Gewaltthätigkeiten aufzustellen."[32]) — „Mit der Aufstellung von auf das repetere und das retinere non possessio gerichteten Interdicten war ein praktisch dringender Anstoß für die römischen iuris periti zu einer Beschäftigung mit dieser possessio, mit einer Analysirung derselben, mit den Fragen, wer derselben fähig sei, an welchen Objecten sie vorkommen könne, wie sie entstehe u. dgl. gegeben[33])".

So richtig uns der Grundgedanke dieser Darstellung erscheint, so möchten wir sie doch in Einzelheiten ändern.

Wie wir gesehen haben[34]), unterschied sich noch zu Ciceros Zeit das interdictum de vi armata von dem interdictum de vi non armata sehr wesentlich dadurch, daß es beim Kläger nicht ehemaligen juristischen Besitz voraussetzte, sondern selbst dann stattfand, wenn jener zu dem Grundstücke, woraus er mit Waffen vertrieben worden war, in einer sehr viel schwächern Beziehung gestanden hatte. Ohne Zweifel bezweckte danach dieses Interdict nicht sowohl den Schutz eines bestimmten Verhältnisses

32) Karlowa a. a. O. S. 323 f.
Für älter als das Uti possidetis halten das Unde vi auch Witte, das interdictum Uti possidetis S. 44; Kuntze, Excurse über römisches Recht Kap. LVI. 2. Aufl. S. 489 f.; Bekker, Besitz S. 99. Umgekehrt wird das Uti possidetis für das ältere gehalten von v. Vangerow, Lehrb. Bd. I §. 336. 7. Aufl. S. 680 f. und Pflüger, Besitzklagen S. 90 f.

33) Karlowa a. a. O. S. 328.

34) Oben §. 1848a Ziffer 3 S. 163 ff.

zwischen Impetranten und Grundstück, als vielmehr die Unschädlichmachung einer bestimmten Art des impetratischen Angriffs, eben der vis armata. Dieses Verhalten gegenüber der vis armata aber war sicherlich um so dringender geboten, als bis in die zweite Hälfte des 7. Jahrhunderts d. St. ein Strafgesetz gegen sie fehlte[35]). Es liegt also sehr nahe, das interdictum de vi armata als den ältesten Rechtsbehelf anzusehen, den der Prätor für ein rein thatsächliches, d. h. vom Eigenthume unabhängiges, Verhältniß zu einem Grundstücke aufgestellt hat.

Damit war die Bahn eröffnet, derartige Verhältnisse zu Sachen auch anderweit zu schützen.

Begreiflicherweise jedoch schritt der Prätor nicht dazu vor, thatsächliche Verhältnisse zu einer Sache gegen jeden beliebigen Angriff in gleichem Umfange zu schützen, wie er es gegen vis armata angemessen fand. Doch hielt er es nicht für seine Aufgabe, im einzelnen festzustellen, wie ein thatsächliches Verhältniß zu einer Sache beschaffen sein müsse, um seinerseits geschützt zu werden; er begnügte sich vielmehr damit, die verschiedenartigen Fälle, für die er Schutz versprach, unter der gemeinsamen Bezeichnung „possidere“ zusammenzufassen, indem er es der Praxis überließ, deren nähere Voraussetzungen zu bestimmen.

Ob der Prätor hierbei zunächst das Uti possidetis aufgestellt hat, und darauf erst das interdictum de vi non armata, oder umgekehrt —, das bleibt freilich sehr fraglich. Wenn in l. 1 §. 4 D. uti poss. vom Uti possidetis gesagt wird: consequenter proponitur post interdictum Unde vi, — so ist damit für unsre Frage schwerlich etwas entschieden: jene Aeußerung bezieht sich lediglich auf die Reihenfolge beider Interdicte im julianischen Edicte, aus der schlechterdings kein Schluß zulässig ist auf die geschichtliche Reihenfolge ihrer ersten Aufstellung[36]).

35) S. oben S. 181.

36) A. M. Witte a. a. O. S. 44.

Das possidere, welches in beiden als Voraussetzung erwähnt wird, hat jedenfalls in der classischen Zeit beiderorts die gleiche Bedeutung[37]), und es ist nicht erfindlich, weshalb es jemals anders gewesen sein sollte. Aber eben deshalb ist es mir wahrscheinlicher, daß das interdictum de vi non armata erst proponirt worden ist, nachdem sich am Uti possidetis der Rechtsbegriff des possidere entwickelt hatte: jenes Interdict, als das ältere gedacht, würde dazu wohl um so weniger Anlaß geboten haben, als dieser Begriff bei dem ihm immerhin nahe verwandten interdictum de vi armata nicht in Betracht kam.

Das Utrubi hat die Bezeichnung possidere nicht; es lautet einfach auf utrubi fuit. Gleichwohl ist dieses fuisse unzweifelhaft völlig im Sinne von possessum esse verstanden worden. Schon daraus dürfte sich ergeben, daß es jünger ist, als das Uti possidetis, indessen doch schon einer Zeit angehört, welche den Begriff des possidere noch nicht mit technischer Sicherheit handhabte[37a]).

Auf das Utrubi weiset hin eine unverkennbare Anspielung bei Plautus Stich. (zuerst aufgeführt i. J. 554 d. St.) V, 4, 14; 5, 9 (Fleckeisen v. 700. 750):

Sagarinus: Uter amicam utrubi accumbamus?
Stichus: Abi tu sane superior.

und

Stephanium: Utrubi accumbo? Sagarinus: Utrubi tu vis etc.[37b]).

---

37) Trotz l. 1 §. 9 D. de vi 43, 16. S. über diese Stelle oben §. 1848 Ziffer 3 f. N. 20 S. 18 ff.; Karlowa a. a. O. S. 328 f. A. M. Bekker, Besitz S. 95.

37a) Vgl. Kappeyne van de Copello Abhandlungen S. 163 ff. Eisele, Abhandlungen S. 72.

37b) Vgl. auch Terent. Eunuch. (zuerst aufgeführt 593) II, 3, 27 sq.: hanc tu mihi vel vi vel clam vel precario Fac tradas.

Die älteste Anspielung auf das Uti possidetis dagegen, welche ein bestimmtes Datum bietet, findet sich bei Livius XL, 17 zum Jahre 570, wo Masinissa vorbringt:

paterni regni agrum se recepisse et habere iure gentium, et causa et possessione superiorem esse.

Nach Cic. pro Caec. 16, 45[37c]) war das Uti possidetis bereits bei den maiores sehr gebräuchlich.

Das interdictum de vi non armata mit der exceptio vitiosae possessionis erwähnt, wie wir bereits gesehen haben[38]), die lex agraria v. J. 643, während Cicero an mehreren Stellen[39]) bezeugt, daß es bereits den maiores bekannt gewesen sei.

Das interdictum de precario hat nach unsrer Auffassung[40]) seinen Rechtsgrund im frühern Besitze des precario dans nicht; es setzt auch nicht das precario possidere des Precaristen voraus, sondern dessen precario habere. Demnach kommt es für die Geschichte der Besitzinterdicte ebenso wenig in Betracht, als das vermeintliche interdictum de clandestina possessione, dessen Dasein wir überhaupt leugnen[41]).

4[42]). Die Einführung eines selbständigen Schutzes für den Besitz durch die interdicta retinendae possessionis mußte unmittelbar auf die Form des Eigenthumsprocesses zurückwirken.

37c) S. oben S. 390.

38) Oben §. 1848 Ziffer 1 S. 4.

39) Pro Tullio 19, 44. sq. (s. oben S. 4 f.) pro Caec. 32, 93 (s. oben S. 155).

40) Oben §. 1849 Ziffer 7.

41) Oben §. 1848 Ziffer 8.

42) Vgl. zum Folgenden Karlowa a. a. O. S. 324 ff. sowie meine Anzeige von Maschke, der Freiheitsproceß im classischen Alterthum in Göttingische gelehrte Anzeigen 1888 Nr. 9 S. 377 ff.

Der doppelseitige Eigenthumsstreit sacramento in rem war zu einer Zeit entstanden, in welcher der Besitz als solcher Anspruch auf Schutz nicht gewährte; der Besitzer, der sich darauf beschränkt hätte, den Eigenthumsanspruch des Gegners zu leugnen, ohne seinerseits solchen Anspruch zu erheben, würde ohne weiteres vom Magistrate genöthigt worden sein, den Besitz dem Gegner einzuräumen: zum Rechtsstreite wäre es gar nicht gekommen. Jetzt aber durfte die Partei, die den Gegner mit einem interdictum retinendae possessionis besiegt hatte, nicht füglich gezwungen werden, den ihr zugesprochenen Besitz dem nämlichen Gegner zu überlassen, wenn sie dessen Eigenthumsbehauptung nicht die gleiche Behauptung entgegenstellte. War also ein interdictum retinendae possessionis vorangegangen, so war für den Eigenthumsstreit die Form der legis actio sacramento in rem jedenfalls wider den Willen des Interdictensiegers unanwendbar.

Aber diese Form war nicht minder ausgeschlossen, wenn der Interdictensieger auch seinerseits Eigenthum behauptete. War nämlich kraft des Interdicts der einen Partei der Besitz zuerkannt worden, so war damit die Vindicienregulirung schlechthin unstatthaft geworden. Denn selbst wenn sie stets zugunsten des thatsächlichen Besitzers erfolgt, mithin bloße Formalität gewesen wäre, so würde der Prätor die Zuerkennung des Besitzes an den Interdictensieger zwar nicht thatsächlich, aber doch rechtlich als unverbindlich behandelt haben, insofern er ihr für den Eigenthumsstreit erst kraft seiner Vindicienertheilung Bedeutung verlieh[43]).

43) Diese Gegensätzlichkeit in der Anwendbarkeit zwischen Uti possidetis und legis actio sacramento in rem fand O. E. Hartmann nach einer Notiz (und ebenso in seinen Vorlesungen über den römischen Civilproceß) bezeugt in Cic. de orat. I, 10, 41: Quod vero in extrema oratione, quasi tuo iure sumpsisti, oratorem in omnis sermonis dispu-

Es mußte deshalb für den Fall, daß unter den Parteien ein interdictum retinendae possessionis vorangegangen war, ein andres Verfahren für den Eigenthumsproceß erfunden werden, und zwar ein einseitiges.

Dieses Verfahren ist das agere in rem per sponsionem[44]).

In der That läßt sich mit voller Sicherheit zeigen, daß es gerade dem vorausgesetzten Falle angepaßt worden ist.

Für die rei vindicatio mittels der formula petitoria giebt Gaius[45]) dem Kläger den Rath, vorher zu untersuchen, ob der Gegner besitze oder dolo malo sich des Besitzes entäußert habe; und noch Ulpian erklärt es für

---

tatione copiosissime posse versari, id, nisi hic in tuo regno essemus, non tulissem multisque praeissem, qui aut interdicto [scil. Uti possidetis] tecum contenderent. aut ex iure manum consertum vocarent [Einleitung der legis actio sacramento in rem], quod in alienas possessiones tam temere irruisses. Vgl. zu dieser Stelle diese Serie des Commentars Thl. 2 S. 332ff.

Pflüger, Besitzklagen S. 82, hat sich den innern Gegensatz zwischen dem Uti possidetis und der Ertheilung der Vindicien nicht klar gemacht, wenn er meint, es habe nach der, zunächst für den Sponsionsproceß geschehenen, Einführung des Interdicts bald zweckmäßig erscheinen müssen, dieses auch der legis actio sacramenti (in rem) voraufgehen und die Ertheilung der Vindicien, die dann einfach in Gemäßheit der Entscheidung im voraufgegangenen Possessorium erfolgt sei, zur bloßen Form herabsinken zu lassen.

44) M. W. ist dieser Gedanke zuerst ausgesprochen von O. E. Hartmann in dessen Vorlesungen über den römischen Civilproceß; ich habe ihn hier im Winterhalbjahre 1856/57 kennen gelernt. Auf Hartmanns Mittheilungen beruhen auch die folgenden Ausführungen.

45) L. 36 pr. D. de R. V. 6, 1: Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desiit possidere.

Obliegenheit des iudex bei dieser Klage, sich vom Besitze des Beklagten zu überzeugen[46]). Gegenüber dieser Klagform braucht also der Besitz des Gegners durchaus nicht von vornherein festzustehen. Dagegen setzte die für die Sponsionsklage vorgeschriebene stipulatio pro praede litis et vindiciarum voraus[47]), daß hier der Besitz des Beklagten gerade so feststand, wie es der Fall war, wenn der Letztere bei der actio sacramento in rem die Vindicien erhalten hatte und damit für die Dauer des Eigenthumsstreites zum Besitzer gemacht worden war[48]). Solche Gewißheit des Besitzes aber war nur dann vorhanden, wenn der Gegner zuvor infolge seines Sieges im interdictum retinendae possessionis entweder den Besitz vom jetzigen Kläger zurückerhalten hatte, oder als thatsächlicher Besitzer auch rechtlich geschützt worden war. Es ging somit die actio in rem per sponsionem stets nur gegen den Interdictenbesitzer der Sache. Hiernach wird es anderseits verständlich, weshalb noch Pegasus auch der formula petitoria gegenüber die Beklagtenrolle vom Interdictenbesitze abhängig machen wollte[49]).

Umgekehrt hatte nur da, wo durch den vorgängigen Interdictenproceß festgestellt war, daß der Gegner besaß, der Eigenthumsprätendent es stets in der Hand, beim Ausbleiben der edictsmäßigen Caution des Besitzers mittels des interdictum Quem fundum die translatio possessionis

46) L. 9 eod. init. Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat etc.

47) Gai. IV, 91. 94.

48) Gai. IV, 16: — postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum etc.

49) L. 9 cit. D. de R. V. 6, 1: — quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto Uti possidetis vel Utrubi.

zu erzwingen, wenn er seinerseits geeignete Sicherheit anbot[49a]). Auf diesen Fall, d. h. m. a. W. ebenden, wo nach unsrer Ansicht die Eigenthumsklage per sponsionem zu verhandeln war, bezieht sich demnach l. un. Cod. uti poss. 8, 6:

Dioclet. et Maxim 294. Uti possidetis fundum. de quo agitur, cum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscet[49b]).

Gegenüber der formula petitoria dagegen konnte der Gegner den Besitz der Streitsache leugnen, und dann war die translatio possessionis erst möglich, wenn er des geleugneten Besitzes überführt worden war[49c]).

49a) Arg. Paul. I, 11, 1. Lenel ed. perp. § 248 S. 382 zu N. 4.

49b) Nach Duncker, die Besitzklage S. 25, enthält dieses Reskript „die Erweiterung des Anwendungsgebietes unsers Interdicts auf die Provinzialgrundstücke, bezüglich deren dem rector provinciae dieselbe Aufgabe zugewiesen wird, wie sonst dem Prätor, während früher vielleicht um der Stipulation (spondesne? spondeo), des reinen civile negotium, willen die Peregrinen von der Wohlthat der prohibitorischen Interdicte noch ausgeschlossen waren." Vgl. dazu Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 101 ff. — Völlig mißverstanden hat Duncker die l. un. cit., wenn er fortfährt: „Und die satisdatio sowie die translatio possessionis sind offenbar die verschiedenen Folgen des Interdictenverfahrens für den besiegten Theil, die auch Gaius IV § 166a und 170 andeutet." Gaius redet vom Interdictenverfahren selbst; die l. un. behandelt das Verhältniß des Interdictensiegers gegenüber dem Eigenthumsanspruche des unterlegenen Gegners.

49c) L. 80 D. de R. V. 6, 1 (Furius Anthianus lib. 1. ad ed.): In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non

Die legis actio sacramento in rem blieb nur für den Fall zulässig, wenn das interdictum retinendae possessionis nicht vorangegangen war. Dies aber wird wegen der hohen Proceßbußen, die beim Verfahren aus dem Interdicte den Unterliegenden trafen, gar nicht so selten vorgekommen sein[50]). Hier nun fand nach wie vor die prätorische Vindicienverleihung statt. Allein begreiflicherweise hatte sie nunmehr eine wesentlich abgeschwächte Bedeutung.

Wäre uns nichts berichtet über die Stelle des Verfahrens, an welcher die Vindicienregulirung stattfand, so würden wir sie schwerlich erst in den Termin setzen, in welchem nach der litis contestatio das Ritual der legis actio vollzogen ward. Lag doch dieser Termin ausnahmslos erst mehr oder minder geraume Zeit nach der Einleitung des gerichtlichen Verfahrens! Alle Processe nämlich, die in der Form der legis actio sacramento, der actio generalis[51]), verhandelt wurden, gehörten zu den iudicia ordinaria, d. h. zu denjenigen, in denen gemäß der Regel der Gerichtsverfassung die litis contestatio nur zur Zeit der periodischen Gerichtsversammlung, des conventus oder rerum actus, möglich war. Es liegt also auf der Hand, daß der Zweck der Vindicienverleihung, d. h. die Herstellung eines gesicherten interimistischen Zustandes bis zur Proceßentscheidung, aufs äußerste gefährdet gewesen sein würde, wenn sie erst im Anschlusse an die litis contestatio erfolgt wäre. Vielmehr erscheint es als durchaus selbstverständlich, daß sie sogleich bei der ersten Einleitung

---

adprobaverit. Dazu L. Seuffert im Arch. für die Civil. Prax. Bd. 67 S. 333ff.

50) Cf. Frontinus, de controversiis agrorum (Gromatici veteres ed. Lachmann p. 44, 6): magna enim alea est litem ad interdictum deducere etc.

51) Gai. IV, 13.

des gerichtlichen Verfahrens vorgenommen wurde. Und an dieser Stelle zeigen sie in der That die Schilderungen, welche uns Livius[52]) und Dionys von Halikarnaß[53]) vom Processe der Verginia machen. Der Beweiskraft dieser Schilderungen thut es keinen Abbruch, daß der ganze Proceß legendarisch ist[54]); kommt es uns doch nur an auf die in ihnen niedergelegte Auffassung der Alten vom Proceßgange ihrer Vorzeit. Die Auffassung aber, welche sie von der Stelle der Vindicien bekunden, findet ihre volle Bestätigung in zwei weiteren völlig unverdächtigen Ueberlieferungen. Die eine davon bildet die Erklärung des in iure manum consertum vocare bei Gellius N. A. XX, 10, 7 sq.[55]). Es ist ganz undenkbar, daß die hier beschriebene Handlung, welche die Parteien im

52) Liv. III, 47, 5. 56, 4.

53) Dionys. XI, 36 i. f.

54) Vgl. Bened. Niese, de annalibus Romanis observationes. Marburger Vorlesungsverzeichniß Sommersem. 1886 p. VI sqq.

55) Nam de qua re disceptatur in iure [in re] praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re [soll]emnibus verbis vindicare, id est „vindicia". §. 8: Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: si qui in iure manum conserunt. §. 9: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus, datis iurisdictioni(bu)s negotiis occupati, p[ro]ifisci vindiciarum dicendarum causa [ad] longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito [con]sensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed „ex iure manum consertum" vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent.

Beisein des Magistrats auf dem streitigen Grundstücke selbst vornahmen, den Termin im rerum actus unterbrochen haben sollte, in welchem das Ritual der legis actio (vindicatio und contravindicatio sammt gegenseitiger provocatio sacramento und Bestellung des sacramentum) vollzogen wurde: es muß als selbstverständlich gelten, daß jene Handlung diesem Termine voranging. Die zweite Ueberlieferung findet sich in l. 2 §. 24 D. de O. J. 1, 2[56]). Nach ihr haben die 12 Tafeln einen alten Rechtssatz des Inhalts aufgenommen, daß im Freiheitsprocesse die Vindicien secundum libertatem gegeben werden sollen. Der offensichtliche Zweck dieses Rechtssatzes liegt darin, den Menschen, dessen Freiheit in Frage stand, während des Processes der Mißhandlung des Gegners zu entziehen; dieser Zweck aber würde bei dem Freiheitsprocesse eines im Zustande der Sklaverei Befindlichen geradezu vereitelt worden sein, wenn die Vindicien erst im Anschlusse an die litis contestatio ertheilt worden wären: ihre Ertheilung muß unmittelbar bei der ersten gerichtlichen Einleitung des Processes stattgefunden haben.

In geradem Gegensatze zu diesen Zeugnissen läßt Gaius IV, 16 die Vindicienregulirung erst nach der litis contestatio und der gegenseitigen provocatio sacramento stattfinden.

— deinde qui prior vindica[*verat, ita alterum interroga*]bat postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris; ille respondebat ius feci sicut vindictam inposui; deinde qui prior vindicaverat, dicebat quando tu iniuria vindicavisti D aeris

56) Verginius quidam, qui cum animadvertisset, Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierit, dixisse etc.

sacramento te provoco; adversarius quoque dicebat similiter et ego te; scilicet [*si de re M aeris plurisve agebatur, D, si de minoris,*] Lass essacramenti nominabant: deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur; postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum: alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat etc.

Der Gegensatz dieser Nachricht zu den übrigen läßt sich nur geschichtlich schlichten: jene Ueberlieferungen beziehen sich auf die Vorzeit, Gaius redet von der Zeit, in welcher die legis actio sacramento in rem ihre letzte Entwickelung erhalten hatte, d. h. eben von der Zeit, in welcher diese Klagform nur dann zur Anwendung gelangte, wenn keine Partei das interdictum retinendae possessionis impetrirte, beide vielmehr sich bereit erklärten, bis zur Entscheidung der Eigenthumsfrage den bestehenden Zustand anzuerkennen. In diesem Falle war es nicht erforderlich, von vornherein ein Proceßinterimisticum zu schaffen. Bei Grundstücken sparte man sich also die Weitläufigkeit der Proceßeinleitung durch dasjenige ex iure manum consertum vocare, das inzwischen als ernsthaft gemeinter Act an die Stelle des ursprünglichen in iure manum consertum vocare getreten war, indem man es durch eine rein symbolische Handlung gleichen Namens ersetzte, welche in dem für die litis contestatio bestimmten Termine des rerum actus, gewissermaßen als Anhang zu dieser, stattfand. Die wirkliche Bedeutung dieses Actes, der äußerlich betrachtet allerdings geeignet war, den Spott hervorzurufen[57]), lag darin, daß er die Grundlage für

57) Cic. pro Mur. 12, 26. Wenn übrigens bei Cic. de orat. I, 10, 41 (s. oben N. 43) das ex iure manum consertum

die Bestellung der praedes litis et vindiciarum bildete, die nunmehr dem durch die förmliche Ertheilung der Vindicien als solchem bestätigten Besitzer oblag. Entsprechend ersparte man bei beweglichen Sachen deren Mitbringen in den ersten Termin in iure, in welchem ursprünglich die Vindicien ertheilt worden waren: es genügte jetzt, den Streitgegenstand oder dessen Symbol Einmal in ius zu bringen, nämlich in den Termin der litis contestatio, der jetzt zugleich zur Vindicienregulirung diente. Zudem erreichte man dadurch den Vortheil, daß in demselben Termine die praedes sowohl für die summa sacramenti bestellt wurden, als für lis et vindiciae. Anderseits freilich blieb nunmehr die nicht besitzende Partei bis zur Litiscontestation ohne Realsicherheit wegen des Streitgegenstandes.

Selbstverständlich jedoch setzte eine solche Behandlung der Vindicien voraus, daß der bestehende Zustand zweifellos war. Bei beweglichen Sachen ergab sich dies für den in eigner Person geübten Besitz ohne weiteres gemäß ihrem thatsächlichen Aufenthalte, bei Grundstücken aber dann, wenn das corpus possessionis in einem dauernden Verhältnisse zu dem einen Eigenthumsprätendenten bestand: hier konnte die Ertheilung der Vindicien einfach gemäß jenem Aufenthalte oder gemäß diesem Verhältnisse erfolgen. Ebenso war es wohl auch bei Sachen jeder Art, bei denen das corpus possessionis ein dauerndes Verhältniß zu einem Detentor bildete, darüber aber keine Ungewißheit herrschte, für welche Partei dieser detinirte; und nicht minder bei Grundstücken, deren Besitz durch

---

vocare in der That noch die Einleitung der legis actio sacramento in rem bezeichnet, so kann die Verschiebung dieses Actes in den Termin der litis contestatio erst nach 663 d. St. erfolgt sein, dem Jahre, in welches Cicero die in der Schrift de oratore dargestellten Gespräche setzt.

einzelne Verfügungsacte geübt wurde, sofern es unbestritten war, welche Partei den letzten derartigen Act vorgenommen hatte. Anders war dies in beiden Fällen, wenn es zweifelhaft erschien, für welche Partei die Detention stattfand, oder welche die letzte Verfügung vorgenommen hatte. Kam es hier zur legis actio sacramento in rem, weil keine Partei den häklichen Besitzproceß wagte, so konnte der Prätor es nicht füglich von einer Verhandlung im Litiscontestationstermine abhängig machen, wem er die Vindicien verleihen sollte. Es mußte sich vielmehr als zweckmäßig herausstellen, daß die Parteien vor Einleitung des Eigenthumsprocesses durch freie Vereinbarung den maßgebenden Zustand feststellten und unzweideutig bekundeten. Hierin liegt m. E. die Erklärung des räthselhaften Gebildes der deductio, quae moribus fit, oder der vis ex conventu[58]). Eben weil es sich dabei nicht darum handelte, einen zweifellosen Besitzstand aufzugeben, auch nicht um Regelung der Beweislast, so begreift es sich, daß jene Einigung laut der beiden Nachrichten, die Cicero uns von ihr überliefert hat, ohne Schwierigkeit selbst unter erbitterten Gegnern vor sich ging[59]). Ebenso ist es selbstverständlich, daß die deductio moribus mit der Anwendung der legis actio

58) Nicht unerwähnt mag ich lassen, daß zwar, soviel ich sehe, die Aufzeichnungen O. E. Hartmanns dessen Ansicht über die deductio nicht angeben, daß jedoch nach meiner Erinnerung das im Texte Vorgetragene mündlichen Mittheilungen von ihm entspricht.

Darüber, ob ein entsprechendes Institut für Mobilien in fremder Detention vorkam, ist uns nichts überliefert.

59) Pro Tullio 8, 20: — Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius: vadimonium Fabio Romam promissurum. Manet in ea condicione Fabius. pro Caec. 7, 20: — placuit Caecinae de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur et de fundo Caecina

sacramento in rem auf die Eigenthumsklage verschwunden ist.

Die Beziehung, welche wir der deductio, quae moribus fit, auf die Sacramentsklage geben, findet eine äußere Stütze in Cic. pro Caec. 1, 2:

Nisi forte hoc rationis habuit (scil. Aebutius, der Gegner Caecinas), quoniam si vis facta esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset, quia contra, ius moremque facta sit, A. Caecinam cum amicis metu perterritum profugisse etc.

Cicero sagt: wenn die vereinbarte deductio wirklich vorgenommen wäre, und demgemäß Aebutius im nachfolgenden Eigenthumsprocesse die Vindicien erhalten hätte, so würde er dennoch im Behalten des Besitzes nicht obgesiegt haben. So verstanden trifft der Ausdruck „superior in possessione retinenda“ weit besser, als wenn wir ihn mit Karlowa[60]) auf den Sieg im Uti possidetis beziehen, indem wir die deductio moribus als die, sonst nirgends auch nur angedeutete, Einleitung zu diesem Rechtsbehelfe auffassen. Denn beim Uti possidetis würde es immerhin fraglich geblieben sein, ob der deducens im Laufe des Verfahrens den Besitz behalten hätte: dies hätte nicht sowohl vom Ausgange des Verfahrens abgehangen, als vielmehr zunächst von der fructus licitatio[61]).

Eine höchst beachtenswerthe Parallele zu dem Verhältnisse zwischen dem interdictum retinendae possessionis

moribus deduceretur. Colloquuntur. Dies ex utriusque commodo sumitur etc.

Die übrigen Stellen, welche der deductio erwähnen, sind pro Caec. 1, 2. 8, 22. 10, 27. 11, 32. 12, 33. 32, 95. Fälschlich wird hierher bezogen 16, 45. S. über diese Stelle diese Serie des Commentars Thl. 1 §. 1836a. S. 219 ff. und oben §. 1850 Ziffer 4 S. 390 und 397 f.

60) Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses S. 27 ff.

61) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1836a Ziffer 42 S. 230 ff.

und der legis actio in rem über eine Einzelsache bietet das Verhältniß zwischen der bonorum possessio und der legis actio sacramento in rem de hereditate[62]). Wie die Eigenthumsklage in dieser ihrer ältesten Form nur dann zur litis contestatio und zu einem iudicium führte, wenn der Angegriffene der Eigenthumsbehauptung des Angreifers die gleiche Behauptung entgegenstellte, so war auch die hereditatis petitio in dieser Form stets nur als ein iudicium duplex zwischen zwei Prätendenten der hereditas, des civilen Erbrechts, statthaft. Behauptete der mit der vindicatio hereditatis Angegriffene in Beziehung auf die ihm streitig gemachte Sache seinerseits Erbrecht nicht, wohl aber Eigenthum daran aus einem Singulartitel, so verweigerte der Magistrat seine Mitwirkung zur legis actio in hereditatem, indem er den Angreifer auf die specialis rei vindicatio verwies. Ein Besitzer angeblicher Nachlaßsachen dagegen, der weder der gegen ihn eingeleiteten hereditatis vindicatio die contravindicatio entgegensetzen wollte, noch auch seinen Besitz auf einen Singulartitel stützte, wurde ohne weiteres genöthigt, diesen Besitz dem Gegner einzuräumen.

Hierin bewirkte nun die Einführung der bonorum possessio eine tief eingreifende Veränderung.

Wer auf Grund der ihm ertheilten bonorum possessio im Besitze von Nachlaßstücken sich befand, der konnte nicht füglich gezwungen werden, diesen Besitz dem angeblichen heres deshalb einzuräumen, weil er weder eine contravindicatio hereditatis vornehmen wollte, noch auch seinen Besitz auf einen Singulartitel stützte. Selbst in dem Falle aber, wenn er zugleich heres zu sein behauptete, wäre die legis actio sacramento in rem wegen der beiderseits beanspruchten hereditas durchaus ungeeignet gewesen:

62) Vgl. hierzu Thl. 3 dieser Serie des Commentars §. 1841 Ziffer 1 S. 3ff.

der Prätor, der der einen Partei durch Ertheilung der bonorum possessio den Anspruch auf den Besitz des Nachlasses bis dahin gegeben hatte, daß ein Gegner sein civiles Erbrecht dargelegt haben würde, konnte unmöglich diesen Anspruch durch die Vindicienregulirung wiederum seiner Verfügung unterwerfen, sollte selbst diese Verfügung stets secundum bonorum possessorem ergangen sein.

Gegenüber dem bonorum possessor also war die hereditatis petitio sacramento in rem gerade so ausgeschlossen, wie gegenüber dem Sieger im interdictum retinendae possessionis die specialis rei vindicatio in jener Form; dort wie hier trat dafür die actio per sponsionem ein. Jene Form fand also nur noch statt im Streite zwischen zwei Prätendenten des civilen Erbrechts, von denen keiner bonorum possessor war.

Auf diesen Gegensatz der Klagformen bezieht sich Cic. in Verr. act. II. lib. I. 45, 115:

> Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.

Lag beim Tode des Erblassers die Urkunde seines Testamentes nicht mehr vor, so konnte der Eingesetzte die bonorum possessio secundum tabulas nicht agnosciren, sondern nur mit der hereditatis petitio den Besitz von Nachlaßsachen aus der Hand eines andern Nachlaßprätendenten an sich bringen. Die Form dieser hereditatis petitio wurde durch die Sachlage des Einzelfalles bestimmt: hatte der Gegner nicht die bonorum possessio intestati agnoscirt, so fand die legis actio sacramento in rem statt; hatte dagegen der Gegner jene bonorum possessio erworben, so ließ sich der scriptus von ihm satisdatio pro praede litis et vindiciarum bestellen und nöthigte ihn zu einer sponsio mere praeiudicialis, aus welcher dann de hereditate geklagt wurde.

Läßt nun Ciceros eigne Darstellung nicht erkennen, wann die eine, wann die andre Klagform zur Anwendung gelangte, so fühlt sich dies in den Scholien des Pseudo-Asconius zu jener Stelle immerhin noch heraus, so wenig auch ihr Verfasser selbst das von ihm zusammengestoppelte Material verstanden hat.

Lege ageret in hereditatem] Experiretur iure, quemadmodum probaret, se heredem scriptum esse, et possessionem a praetore peteret.

Hier ist es dieselbe Person, welche experitur iure, d. h. die legis actio sacramento in rem anstellt, und vom Prätor possessionem petit. Dieses petere kann also nichts Anderes bedeuten, als das an den Prätor gerichtete Verlangen nach der Vindicienverleihung, welches freilich hier, und noch bestimmter im folgenden Scholion, geradezu als Bitte um den Besitz selbst aufgefaßt und zusammen mit der gleichen Bitte des Gegners infolge eines völligen Mißverständnisses des Ausdruckes pro praede litis vindiciarum als lis vindiciarum bezeichnet wird.

Aut pro praede etc.] Aut peteret, inquit, ut possessor esset, aut acciperet ab adversario satis pro praede litis et vindiciarum et ipse sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. Lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re, cuius apud praetorem incertum[63]) est, quis debeat esse possessor; et ideo, qui eam tenet, dat pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset, rursus sponsione ipse provocatus ab adversario certare pugnam aut aestimationis, quid amittat, ni sua sit hereditas, de qua contendit etc.

Wo die lis vindiciarum, d. h. richtig verstanden: die Vindicienregulirung, nicht stattfindet, da hat der Gegner

63) certum *libri*.

satisdatio pro praede litis et vindiciarum zu leisten, und es kommt zum agere per sponsionem de hereditate. Hier wird also vorausgesetzt, daß der Gegner, dem jene Sicherheitsleistung obliegt, den Besitz hat. Darunter darf aber natürlich nicht der thatsächliche Besitz von Nachlaßsachen als solcher verstanden werden; es ist vielmehr die hereditatis s. bonorum possessio gemeint.

Die folgenden Worte (Lis vindiciarum etc.) scheinen einer Erörterung über die verschiedenen Formen des Eigenthumsstreites entlehnt zu sein. Es handelt sich um den Streit de ea re, cuius apud praetorem incertum (so ist zu lesen) est, quis debeat esse possessor, also von einem Falle, in dem ein interdictum retinendae possessionis nicht vorangegangen ist. Hier also findet die lis vindiciarum statt, d. h. die prätorische Vindicienregulirung. Aber eben, weil dies nur dann geschieht, wenn das Recht des Besitzes ungewiß ist (incertum, quis debeat esse possessor), so muß deshalb (et ideo) im umgekehrten Falle, d. h. wo das Recht des Besitzes gewiß ist (qui eam [scil. rem, de qua litigatur] tenet), der Besitzer satisdatio pro praede litis vindiciarum machen u. s. w. Auf den Erbschaftsstreit übertragen, muß dieser Ausspruch so verstanden werden, daß an Stelle des, im vorgängigen Interdictenprocesse anerkannten, thatsächlichen Besitzes die vom Prätor ertheilte bonorum possessio gesetzt wird.

Uebrigens dürfen wir annehmen, wie es ja diese Scholien bestätigen, daß beim Erbschaftsstreite sacramento in rem die Verleihung der Vindicien immer noch eine reelle Bedeutung behalten hat: das bloß thatsächliche Innehaben einzelner oder selbst sämmtlicher Nachlaßstücke gewährt keinen Anspruch auf die interimistische possessio hereditatis [64]). Deshalb haben hier die Vindicien ver-

64) Vgl. Cic. in Verr. act. II. lib. 1, 45, 116: Componit (scil. Verres) edictum iis verbis, ut quivis intelligere

muthlich ihre alte Stelle behauptet, so lange es einen Erbschaftsstreit sacramento in rem gegeben hat.

Nach vorstehender Ausführung erscheint Ulpians Ausspruch in l. 1 §. 2 D. uti poss. 43, 17:

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate — in vollem Umfange gerechtfertigt.

Mit jenem Ausspruche aber steht es in bestem Einklange, wenn Ulpian im Fortgange seiner Erörterung als Zweck des Uti possidetis angiebt, es solle den Besitzer gegen Verlust und Störung des Besitzes schützen.

L. 1 §. 4 h. t.: Est igitur hoc interdictum, quod volgo Uti possidetis appellatur, retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum Unde vi. illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittetur possessio, denique praetor possidenti vim fieri vetat[65]): et illud quidem interdictum obpugnat possessorem, hoc tuetur. et, ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per

possit, unius hominis causa conscriptum esse. tantum quod hominem non nominat: causam quidem totam perscribit: ius, consuetudinem, aequitatem, edicta omnium negligit. Ex edicto urbano. Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet. Jam quid id ad praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves de possessione? si possessor non esset, non dares etc.

65) Es ist mit Mommsen zu lesen: hoc interdicto, ne amittatur possessio, praetor possidenti vim fieri vetat; die Wörter tuetur und denique sind zu streichen.

actionem: retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio aut interdictum. exceptio datur ex multis causis ei, qui possidet.

An diese Worte ist unter Auslassung des versehentlich hier eingeschobenen §. 5 der §. 6 zu schließen.

Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est Uti possidetis. actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat.

Zum Verständnisse dieser Stellen wird es genügen, auf unsre Ausführungen in Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1835[b] Ziffer 31 S. 174ff. zu verweisen.

Die specialis rei vindicatio per formulam petitoriam ersetzte schon gegen Ende der Republik für gewisse Fälle die legis actio sacramento in rem und hat sie später völlig verdrängt, wie denn Gaius IV, 15—17 durchweg von ihr im Imperfectum redet und sie IV, 91 unter den Formen der in rem actio nicht erwähnt. Nachdem der Besitz als solcher gerichtlich geschützt wurde, war es ganz natürlich, daß man auch da, wo dieser Schutz nicht begehrt war, dem thatsächlichen Besitzer gestattete, sich auf eine richterliche Entscheidung über den von ihm bestrittenen Eigenthumsanspruch des Nichtbesitzers einzulassen, ohne seinerseits Eigenthum am Streitgegenstande zu behaupten. Die Eigenthumsklage war damit für alle Fälle zu einem iudicium simplex geworden.

Jetzt lag in der That kein zwingendes Bedürfniß mehr vor, sie da per sponsionem erfolgen zu lassen, wo ein interdictum retinendae possessionis vorangegangen war. Gleichwohl behielt man die actio in rem per sponsionem bei[66]). Vermuthlich hat dies seinen Grund darin, daß diese Klagform wegen der bei ihr vorgeschriebenen cautio

66) Gai. IV, 91: Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agi*tur* aut per sponsionem etc.

pro praede litis et vindiciarum dem ſiegreichen Kläger weit vortheilhafter ſein konnte, als die Klagform per formulam petitoriam. Jene Caution nämlich verpflichtete den Beſitzer, ebenſo wie es nach den 12 Tafeln die Vindicienertheilung that[67]), ohne Rückſicht auf deſſen guten Glauben zum doppelten Erſatze der Früchte, die er entweder nicht gezogen hatte, weil das Streitobject untergegangen, beſchädigt oder von einem Dritten uſucapirt worden war[68]), oder zu ziehen unterlaſſen hatte, obgleich er ſie hätte ziehen können, oder endlich gezogen hatte, jedoch nicht mehr beſaß[69]). Und zwar wurde ſeine Erſatzpflicht im erſten Falle ex die interpositae stipulationis berechnet[70]), in den beiden anderen ex die accepti iudicii[71]).

Bei der formula petitoria dagegen kam es zum Erſatze doppelter Früchte nur dann, wenn der Beſitzer ſich in ſchlechtem Glauben befand[72]).

67) Festus s. v. vindiciae] Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio . . . . fructus duplione damnum decidito.

68) Arg. Paul. V, 9, 1: Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat: hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur etc.

69) Paul. I, 13[B] Si hereditas vel quid aliud petatur §. 8: Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur.

70) Paul. V, 9, 1 (N. 68).

71) Paul. V, 9, 2: Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur.

Vgl. auch l. 6 §. 7 D. mand. 17, 1 (maiores fructus) Lenel palingen. vol. II. col. 619 sq. n° 907. l. 9 §. 6 D. ad exh. 10, 4 (ut fructus secundum legem aestimentur). Lenel ed. perp. §. 281 S. 411 ff.

72) L. 1 pr. Cod. Theod. de usur. rei iud. 4, 19 (Gratian.,

Ebenso bestand für die vindicatio hereditatis das agere per sponsionem fort, wo sie gegen einen bonorum possessor ging[73]), während sie, abgesehen von Centumviralprocessen, in anderen Fällen per formulam petitoriam erfolgte.

Erst mit dem Untergange des ordo iudiciorum scheint die actio in rem per sponsionem verschwunden zu sein; ihre letzte Spur ist l. un. cit. Cod. uti poss. 8, 6. v. J. 294.

Im spätern Rechte traf der doppelte Ersatz der Früchte stets nur den malae fidei possessor, und zwar vom Beginne seiner mala fides[74]). Nach Justinian endlich liegt auch diesem nur der einfache Ersatz der fructus percipiendi ob[75]).

§. 1853.

6. Besitzschutz durch andere Rechtsbehelfe als Interdicte[1]).

Mit der Aufstellung der interdicta retinendae possessionis ist der Besitz als solcher ein rechtlich geschütztes

Valentin., Theodos 380): — Quod a nobis exemplo aequabili ex iuris prisci est formulis introductum, ut, quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aeque malae fidei debitores simile damni periculum persequatur. Cf. l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20, 5 (Tryphon. lib. 8. disput.). — nam et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit etc. Es scheint mir durchaus nicht geboten, mit Huschke, zur Pandektenkritik Leipzig 1875 S. 30, anzunehmen, daß diese Stelle ursprünglich von einem Fiduciargläubiger geredet habe, der mit der actio in rem per sponsionem geklagt habe. Lenel paling. II col. 360 Nr. 27 n. 3.

73) Paul. V, 9, 1 (oben N. 68).

74) L. 1 Cod. Theod. de fruct. et litis exp. 4, 18 (Valentin. et Valens 369).

75) L. 2 Cod. Just. eod. 7, 51 (aus l. 1 Cod. Theod. cit. interpolirt).

1) Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter u. s. w. §. 5 S. 27—37. Derſ., die Besitzklagen §§. 16—19 S. 185—211.

Vermögensstück geworden. Ganz folgerecht haben die Römer diejenigen Schutzmittel, welche ohne Rücksicht auf die rechtliche Besonderheit eines Vermögensstückes das Vermögen überhaupt schützen, auch auf den juristischen Besitz angewandt. In dieser Anwendung nennen die Quellen die actio quod metus causa[2]) und verschiedene Fälle der außercontractlichen condictio[3]); und es ist wohl

Windscheid, Lehrb. Bd. 1 §. 161. Bekker, das Recht des Besitzes §. 26 S. 285—289. Meischeider, Besitz und Besitzschutz §. 15 S. 71—77.

2) L. 9 pr. i. f. D. quod met. 4, 2 (Ulp. lib. 11. ad ed.): — si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius huic edicto (scit. de metu) locum esse. l. 21 §. 2 eod. (s. unten N. 9.).

3) 1. Condictio ex iniusta causa. L. 1 §. 2 D. de cond. trit. 13, 3 (Ulp. lib. 27. ad ed.): Rem autem suam per hanc condictionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi (re *ins.*) mobili abrepta. l. 2 eod. (Jd. lib. 18. ad Sabin.): Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait. L. 25 pr. §. 1 D. de furt. 47, 2 (Ulp. lib. 41. ad Sabin.): Verum est, quod plerique putant, fundi furti agi non posse. §. 1: Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei posse, qui deiecit. Labeo negat, sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta. L. 12 §. 2 D. de cond. furt. 13, 1 (Ulp. lib. 38. ad ed.): Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

2. und 3. Condictio ob causam datorum causa non secuta und condictio indebiti. L. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12, 6 (Paul. lib. 10. ad Sabin.): Sed et si nummi alieni dati sint (nämlich zwecks Zahlung einer Schuld — Bruns, Besitzklagen S. 201), condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem etc.

nur ein Zufall, daß sie von der actio doli und der actio Pauliana schweigen[3a]).

4. Condictio sine causa. L. 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1 (Gai. lib. 11. ad ed. prov.): — quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet. L. 46 eod. (Ulp. lib. 72. ad ed.): Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio. S. auch l. 4 §. 2 D. de R. Cr. 12: (Ulp. lib. 34. ad Sabin.): Ea, quae vi fluminis importata sunt, condici posse. — condictio sine causa causa finita. L. 19 §. 2 D. de prec. 43, 26. (Julian. lib. 49. dig.): Cum quid precario rogatum sit, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis (Ueber die letzten Worte s. oben §. 1849 Ziffer 11 S. 344 ff.).

Irrig dagegen ist es, wenn Bruns, Recht des Besitzes S. 29 unter 7 und S. 36 f., und ihm zustimmend v Keller, der römische Civilproceß §. 80 6. Aufl. N. 949, v. Jhering, Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 96 N. 101., und Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 78 zu N. 10 und S. 93 unter 6 und 7, auch die restitutio in integrum auf den Besitzverlust anwenden. Die Thatsache des Besitzverlustes kann durch Richterspruch ebenso wenig ungeschehen gemacht werden, wie eine Thatsache überhaupt. l. 12 §. 2 D. de capt. et de postl. 49, 15. vgl. l. 23 §. 1 D. de a. p. 41, 2. l. 19 D. ex quib. c. mai. 4, 6. Eben deshalb aber ist auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Rechtens gegen den Verlust des interdictum retinendae possessionis undenkbar: die nothwendige Voraussetzung seiner Wirksamkeit, der thatsächliche Besitz, läßt sich unmittelbar durch Richterspruch nicht wiederherstellen. Die für die entgegengesetzte Ansicht angeführte l. 23 §. 2 D. ex quib. c. mai. 4, 6 bezieht sich auf das eigenthumsähnliche, vererbliche und veräußerliche Besitzrecht an Provinzialgrundstücken (Gai. II, 7). Ubbelohde, Grundriß zu Vorlesungen über die Geschichte des römischen Privatrechts 2. Aufl. Marburg 1881. §. 59 unter 2c. H. Hüttenhein, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Besitzverlust. Jnaug. Diss. Marburg 1894.

3a) Bruns, Recht des Besitzes S. 37 unter 2.

Läßt die Dürftigkeit der Quellenaussprüche über den Besitzschutz durch actiones einerseits darauf schließen, daß ihm die Römer eine erhebliche Bedeutung nicht beigelegt haben, so macht sie es anderseits begreiflich, daß man ihn bis auf die Neuzeit kaum beachtet hat. Erst Bruns hat in seinem Buche über das Recht des Besitzes[4]) die Aufmerksamkeit auf ihn hingelenkt.

Eben diese Dürftigkeit der Quellenaussprüche ist aber auch der Anlaß zu allerlei Zweifeln hinsichtlich dieser Besitzklagen geworden.

Zunächst ist es schon bestritten, ob da, wo der Thatbestand an sich sowohl ein Besitzinterdict begründet, als eine Besitzklage, der Klagberechtigte zwischen beiden Rechtsbehelfen wählen könne. Rudorff[4a]) will den Klagen nur da stattgeben, „wo die Interdicte aus dem fortdauernden Besitzrecht aufhören wirksam zu sein". Bruns[4b]) dagegen nimmt eine elective Concurrenz an. Wir finden mit Meischeider[4c]) im Wesen der Rechtsbehelfe keinen Grund, die elective Concurrenz zu verneinen, soweit sie möglich ist.

Eine zweite Frage ist die, ob jeder, der seinen Besitz auf eine Weise verloren hat, welche geeignet ist, eine Besitzklage zu begründen, sich einer solchen auch dann bedienen dürfe, wenn sein Verlust zugleich das Eigenthum betrifft[4d]). In der That wäre es unerhört, dem frühern Besitzer die Besitzklage deshalb zu versagen, weil er zugleich Eigenthümer gewesen ist.

4) A. a. O.

4a) Zusatz Nr. 161 zu v. Savigny, Recht des Besitzes S. 708 f.

4b) Recht des Besitzes S. 33. In den Besitzklagen berührt er die Frage nicht.

4c) Besitz S. 74.

4d) So Bruns, Besitzklagen S. 199 ff. Meischeider, Besitz S. 78. A. M. Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1. Aufl. Abth. 1. S. 398. 2. Aufl. Bd. 2. Abth. 2 S. 508 ff. N. 23.

In Beziehung sodann auf den Umfang des Klagan-spruchs hatte Bruns[5]) anfangs angenommen, die condictio possessionis gehe nicht auf vollständigen Schadens-ersatz, sondern „nur auf das Interesse des Besitzes", oder, wie er dies später[6]) ausdrückt, nur auf den Besitz, event. die Bereicherung durch ihn. Dem gegenüber hat Wind-scheid[7]) darauf hingewiesen, daß die Aneignung fremden Besitzes mit dem Bewußtsein, kein Recht auf den Besitz zu haben, bei beweglichen Sachen ein furtum sei und demnach zum Ersatze des vollen Interesse verpflichte; und daß l. 1 §. 1. l. 2 D. de cond. trit. 13, 3 und l. 25 §. 1. D. de furt. 47, 2 bei gewaltsamer Besitzentsetzung aus einem Grundstücke die condictio possessionis nach Analogie der condictio furtiva geben. Bruns hat später diese Anschauung gebilligt[8]) und sie dahin verall-gemeinert, daß jede auf einem Delicte beruhende possesso-rische Klage, wie z. B. die possessorische actio quod metus, auf das volle Interesse des Klägers am Besitze gehe[9]), während in allen anderen Fällen mit einer auf den un-gerechtfertigten Verlust des Besitzes gegründeten Klage nur die ungerechtfertigte Bereicherung des Beklagten ver-folgt wird[9a]).

5) Recht des Besitzes S. 33 unter Nr. 2.
6) Besitzklagen S. 202.
7) Lehrb. §. 161 N. 9.
8) Besitzklagen S. 202.
9) L. 21 §. 2 D. quod met. 4, 2 (Paul. lib. 11. ad ed.): Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur: aestimatur enim, quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus. quod et Pomponius.
9a) Als solche gilt übrigens bei der condictio sine causa wegen verbotener Schenkung unter Ehegatten der von der geschenkten Sache gezogene Fruchtgewinn nicht. l. 15 §. 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1. cf. l. 45 D. de usur. 22, 1.

Verwickelter ist die Frage, ob gegen die condictio possessionis Einwendungen zulässig seien, welche sich auf ein dingliches Recht, namentlich Eigenthum, an der Sache oder auf ein Forderungsrecht auf dieselbe stützen.

v. Ihering[10]), Windscheid[11]) u. A. geben solchen Einwendungen unbedingt statt. Sie seien, sagt Windscheid, nicht sowohl Einreden wider den klägerischen Anspruch, als vielmehr ein Leugnen seines Begründetseins: denn wenn der Beklagte ein Recht zu besitzen habe, so sei die in der Vermögenslage der Parteien durch die Besitzverschiebung eingetretene Veränderung eben keine ungerechtfertigte. Umgekehrt schließt Bruns[12]) solche Einwendungen grundsätzlich aus. Denn die Condictionen beruhen auf dem Princip, daß man nicht ohne rechtlichen Grund aus fremdem Vermögen bereichert werden solle: dies aber würde beim Beklagten der Fall sein, wenn er bis zum Beweise seines Rechtes den Besitz behalte: der frühere Besitzer würde bis zum Urtheile das commodum possessionis jedenfalls insoweit verlieren, als er bis dahin den Besitz factisch entbehren müßte. Nur bei sofortiger Liquidität des petitorischen Einwandes ohne allen Gegenbeweis könne man daraus eine exceptio doli entnehmen nach der Regel: dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

Diese Unterscheidung zwischen liquiden und illiquiden Einwendungen ist hier schwerlich berechtigt. Der bestehende Besitz des Eigenthümers ist, wie Meischeider[13]

10) Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 137 f.

11) Lehrb. Bd. 1 §. 161 N. 12.

12) Besitzklagen S. 203 ff. vbd. mit Recht des Besitzes S. 32. — Mißverständlich erblickt Rudorff Zusatz Nr. 161 zu v. Savigny, das Recht des Besitzes S. 712 den Quellenbeweis für diese Ansicht in l. 1 §. 2. l. 2 D. de cond. trit. 13, 3 und l. 25 §. 1 D. de furt. 47, 2. S. Bruns, Besitzklagen S. 205.

13) Besitz S. 75.

treffend bemerkt, auch dann nicht ohne rechtlichen Grund, wenn der Beweis des Eigenthums erst noch längere Zeit in Anspruch nimmt.

Anderseits aber übersehen Windscheid wie Bruns eine wesentliche Verschiedenheit in der Stellung der Condicenten. Es ist keineswegs richtig, daß dem klägerischen Anspruche auf den Besitz durch petitorische Einwendungen unter allen Umständen der Grund entzogen würde: nicht das allein kann entscheiden, ob der Beklagte seinerseits ein Recht auf den Besitz hat; sondern es kommt auch weiter darauf an, ob er nicht ungeachtet dieses seines Rechtes ein Recht des Klägers auf den Besitz anerkennen muß. Der condictio possessionis des Faustpfandgläubigers oder des retentionsberechtigten juristischen Besitzers[14]) kann der Eigenthümer, der jenem den Besitz entwendet hat, sicherlich nicht die Berufung auf sein Eigenthum entgegenstellen[14a]). Dagegen wird ebenso gewiß der Ehegatte, dem auf Grund einer verbotenen Schenkung vom andern Gatten eine diesem nicht gehörige Sache tradirt worden ist, dessen condictio sine causa auf Rückgabe des Besitzes mit der Darlegung zurückschlagen dürfen, er selbst sei, wie er inzwischen erfahren, Eigenthümer der Sache.

Selbstverständlich fällt die exceptio dominii weg, wenn der Beklagte durch gewaltsame Besitznahme der Sache

---

14) L. 54 § 4 D. de furt. 47, 2.

14a) Wendt, Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 21 S. 106 ff. Pflüger, Besitzklagen S. 127 f. — L. 33 D. de cond. ind. 12, 6 versagt freilich bei Occupation eines Grundstücks durch dessen Eigenthümer dem frühern Besitzer jeden Anspruch wegen Verwendungen. Indessen ist wohl die Annahme erlaubt, daß diese Entscheidung den besondern Fall unberücksichtigt läßt, in welchem die Occupation mit dem Bewußtsein geschieht, das sie gegenüber einer beweglichen Sache zum furtum machen würde. Bruns, Besitzklagen S. 206.

nach l. 7 Cod. unde vi 8, 4 das Eigenthum verwirkt hat[15]).

Für petitorische Einwendungen aus einem Forderungsrechte des Beklagten ist in der Stellung des Klägers etwas anders zu unterscheiden. Da der Beklagte kein Recht an der Sache beansprucht, vielmehr nur eine Forderung auf sie geltend macht, so ist zur Abwehr seines Einwandes nicht erst ein Recht des Klägers an der Sache erforderlich, das jener anzuerkennen hat; der Beklagte muß vielmehr schon vor dem einfachen Rechte des Besitzes weichen, wenn er nur kraft einer Verletzung dieses Rechtes siegen könnte. M. a. W. petitorische Einwendungen aus Forderungsrechten kann der Beklagte nur da gebrauchen, wo er den Besitz nicht iniuste erworben hat, also z. B. gegenüber der condictio indebiti wegen einer Leistung zwecks Erfüllung einer vermeintlichen Forderung des Beklagten, welche anders begründet war, als die gegenwärtig eingewandte. Hat dagegen der Beklagte eigenmächtig den Besitz erworben, so ist jede derartige Einwendung unstatthaft: er besitzt, auch wenn er nicht fur ist, als praedo[16]) und verletzt somit das dem Kläger aus seinem frühern Besitze zuständige Recht.

Mit Verlust des ius crediti infolge des decretum Divi Marci war natürlich jede Einwendung hinfällig, die sich auf das verwirkte Forderungsrecht stützte.

---

15) Meischeider a. a. O. S. 76.

16) L. 5 D. de a. p. 41, 2 (Paul. lib. 73. ad ed.): Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nanctus fueris possessionem [praedo es *del.* scr. M.]: aeque si vendidero nec tradidero rem, et non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. l. 33 eod. l. 14 §. 1 D. de furt. 47, 2.

Sofern die Besitzklage nicht auf Herausgabe des Besitzes selbst gerichtet ist, sondern auf Herausgabe der Bereicherung oder Ersatz des Schadens in Gelde, kann auch die Compensationseinrede in Betracht kommen. Nun aber wird diese versagt possessionem alienam perperam occupantibus[17]; und derartige Occupanten sind alle, welche eigenmächtig fremden Besitz wider den Willen des bisherigen Besitzers sich aneignen. Dagegen findet kein Bedenken statt, die Compensation gegenüber der condictio indebiti und sine causa zu gewähren, und ebenso gegenüber der actio quod metus causa wegen erzwungener Tradition[18].

Abgesehen von vis armata schützte das classische Recht mittels eines Interdicts den Besitz gegen Störung wie gegen Entziehung nur dann, wenn er dem Gegner gegenüber sine vitio war. Die gleiche Beschränkung werden wir für das classische Recht auch bei den actiones zum Besitzschutze anzunehmen haben. Nach l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (= l. 7 Cod. J. eod. 8, 4) ist jene Beschränkung für das Unde vi beseitigt; jetzt schützt dieses Interdict den fehlerhaften Besitz eines Grundstücks gegen jede gewaltsame Entziehung. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Utrubi für bewegliche Sachen[18a]. Ohne Zweifel ist dies auf die actiones zum Besitzschutze zu übertragen. Dagegen sehe ich keinen Grund, mit Bruns[19] anzunehmen, daß der fehlerhafte Besitz nunmehr auch gegen heimliche Entziehung geschützt worden sei, nehme vielmehr an, daß der condictio possessionis seitens eines non vi besitzenden Beklagten immer noch die Einrede entgegensteht, der

17) L. 14 §. 2 Cod. de comp. 4, 31.
18) Bruns, Besitzklagen S. 207. Meischeider S. 77.
18a) S. unten § 1854 Ziffer 5 S. 682.
19) A. a. O. S. 208.

Condicent habe vom Beklagten zuvor den Besitz vitio erworben[19a]). Zweifelhaft kann es sein, ob die exceptio vitiosae possessionis in Beziehung auf ein Grundstück auch in dem Falle stattfindet, in welchem die vacua possessio absentis eigenmächtig, jedoch nicht gewaltsam, occupirt worden ist. Da nämlich Justinian[19b]) die Rechtswidrigkeit solcher Occupation durch den Hinweis auf das furtum begründet, so liegt es nahe, die durch sie veranlaßte condictio possessionis ebenso durch die exceptio vitiosae possessionis zu beschränken, wie die condictio possessionis ex causa furti. Indessen erklärt der Kaiser ausdrücklich[20]), talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus. Berücksichtigen wir dazu, daß er dieses Gesetz in den Codextitel Unde vi gestellt hat, so werden wir als das regelmäßige Rechtsmittel für den bezeichneten Fall die actio ex causa interdicti Unde vi anzusehen haben, welche die exceptio vitiosae possessionis nicht zuläßt, demnach aber auch gegenüber der concurrirenden condictio jene Einrede versagen müssen.

v. Ihering[21]) glaubt, die condictio possessionis wegen des Mangels eines schutzwürdigen Interesse jedem versagen zu müssen, der ex causa non honesta besessen hat. Allein wenn l. 12 §. 1 und l. 77 §. 1 D. de furt. 47, 2 einem solchen Besitzer die rein pönale actio furti absprechen, so ist daraus ein Schluß auf die Unstatt-

19a) Dies scheint auch die Ansicht Meischeiders S. 76 zu sein, der die exceptio vitiosae possessionis gegenüber einer condictio nur für den Fall ausschließt, wenn der Beklagte den Besitz auf solche Weise erlangt hat, daß das jene exceptio nicht zulassende Unde vi gegen ihn begründet wäre.

19b) L. 11 §. 1 Cod. unde vi 8, 4.

20) L. 11 cit. pr.

21) Grund des Besitzschutzes S. 138 vbd. mit S. 15 und S. 52.

haftigkeit einer reinen Ersatzklage nicht zu machen[22]). Haben die römischen Juristen die condictiones sine causa auf einen ungerechtfertigten Besitzverlust deshalb für anwendbar gehalten, weil der durch Interdicte geschützte Besitz eben kraft dieses Schutzes ein rechtlich anerkanntes Vermögensstück bildet, so muß jeder Besitz, der des Interdictenschutzes theilhaft ist, ohne Rücksicht auf seine Mängel, als schutzwürdig gelten.

Die Verjährung der auf den Besitz gegründeten actiones richtet sich nach den Vorschriften, welche für die einzelne actio überhaupt gelten. Die actio de dolo also verjährt auch in dieser Richtung in zwei Jahren, die actio Pauliana, soweit sie auf vollen Schadenersatz geht, in einem annus utilis, soweit sie nur die Bereicherung verfolgt, erst in 30 Jahren; die Condictionen verjähren ohne Unterschied ihres Umfangs erst in 30 Jahren.

b. Das spätrömische Recht.

§. 1854.

1. Spätere Entwickelung des Unde vi.

1. Infolge der Gerichtsverfassung Diocletians war das Interdictenverfahren durchgehends ersetzt durch actiones extraordinariae ex causa interdictorum; die Grund-

22) Bruns, Besitzklagen S. 208, Meischeider, Besitz S. 76 f. Freilich kann ich es umgekehrt ebenso wenig als zwingende Schlußfolgerung anerkennen, wenn diese dem malae fidei possessor die außercontractliche condictio deshalb gewähren, weil er die Contractsklagen auf Rückgabe des von ihm dem Beklagten anvertrauten natürlichen oder juristischen Besitzes hat. Auch die Thatsache halte ich nicht für beweisend, daß selbst der Eigenthümer das Besitzinterdict des malae fidei possessor nur kraft der exceptio vitiosae possessionis abzuwehren vermag: dies beruht auf der Fassung des Interdicts.

sätze für die Anwendung dieser Rechtsbehelfe aber waren die nämlichen geblieben, welche bisher für die Interdicte selbst gegolten hatten[1]). Soweit spätere Constitutionen nur jene älteren Grundsätze zum Ausdrucke bringen, dürfen wir sie daher unbedenklich umgekehrt für die Darstellung des classischen Rechtes verwerthen; und so haben wir es in der That gemacht mit den vier ersten Constitutionen des Codextitels 8, 4, welche sämmtlich den Kaisern Diocletian und Maximian angehören[2]).

Bestritten jedoch ist es, ob die actio ex causa des Unde vi bis auf Justinian auf den Fall der Dejection beschränkt geblieben, oder ob sie auf weitere Fälle unrechtmäßiger Besitzentziehung erstreckt worden sei.

Nach einer ältern, namentlich von Cujacius[3]) getragenen, Ansicht ist die actio ex causa interdicti Unde vi zwischen Constantin und Justinian als momentariae possessionis interdictum oder actio momenti jedem zugänglich gemacht worden, der seinen Besitz sei es durch Gewalt, sei es durch Betrug oder Nöthigung oder ungerechten Richterspruch verloren hat.

Dem gegenüber hatte v. Savigny[4]) darauf hingewiesen, daß Justinian nicht nur in den Pandekten ganz das alte Recht aufgenommen hat, sondern es selbst in den Institutionen vorträgt, und zwar hier mit den neueren Abänderungen, die zum Theil erst von ihm selbst hinzu-

---

1) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 124 S. 462 ff. Bruns, Besitzklagen S. 86 f.

2) L. 1 Cod. unde vi 8, 4 s. oben §. 1848 Ziffer 11 nach N. 9 und nach N. 11 S. 99 u. 102 f.; l. 2 eod. s. das. Ziffer 12 vor N. 28 S. 116.; l. 3 eod. s. das. Ziffer 11 a. E. nach N. 25 S. 114; l. 4 eod. s. das. Ziffer 13 nach N. 35 S. 123 f.

3) Observationes I, 20; XIX, 16; paratitla in Cod. ad tit. 8, 4.

4) Recht des Besitzes §. 43. 7. Aufl. S. 466 ff.

gesetzt worden sind; und daß er namentlich in l. 11 Cod. unde vi 8, 4 das alte Recht als geltend voraussetzt und für den hier behandelten Fall bloß deshalb ein neues Klagrecht einführt, weil die alten Interdicte dafür nicht ausreichten.

Die durch diese Ausführungen zurückgedrängte Ansicht des Cujaz hat neuerdings v. Ihering[5]) im wesentlichen[5a]) wieder aufgenommen. Zugleich legt er der actio momentaneae possessionis die Natur der Popularklage bei[6]).

Es ist nun zunächst zu bemerken, daß der Ausdruck „actio momentaneae oder momentariae possessionis“ sich nicht

---

5) Besitzesschutz S. 104 ff.

5a) Doch schließt er von jener momentaneae possessionis actio S. 132 f. die Fälle des Besitzverlustes aus, die sich auf Tradition vonseiten des Besitzers stützen, sei letztere immerhin auch auf eine Weise bewirkt, welche eine Anfechtung des Actes durch sonstige Rechtsmittel zuläßt, z. B. mittels Zwangs oder Betrugs. Indessen ist er hierin nicht consequent, denn S. 119 giebt er die Klage für den Fall der Erschleichung des Besitzes mittels ungehöriger Benutzung eines kaiserlichen Rescriptes oder mittels Vorspiegelung eines rechtskräftigen Urtheils zum Zwecke der Einschüchterung des Besitzers. S. unten Ziffer 4.

6) Wenn v. Ihering S. 107 f. N. 109 darüber im Zweifel bleibt, ob nicht als dritte Eigenthümlichkeit der actio momentariae possessionis die Raschheit des Verfahrens gelten müsse, welche in vielen Stellen betont werde (z. B. l. 5 und l. 6 Cod. Th. de denunt. 2, 4; l. 4 Cod. Th. unde vi 4, 22; l. un. Cod. Th. utrubi 4, 23; l. 3 Cod. Th. ad leg. Jul. de vi 9, 10; l. 6 Cod. Just. unde vi 8, 4; l. 14 Cod. Just. de agric. 11, 47), so weiset er selbst zugleich auf den Umstand hin, der zur Verneinung jener Eigenthümlichkeit führt, nämlich die allgemeine Beschleunigung des Verfahrens für die actiones extraordinariae ex causa interdicti. S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 123 S. 448 ff.

auf die actio extraordinaria ex causa des recuperatorischen Interdicts beschränkt, die das alte Unde vi ersetzt. Allerdings ist unter dem „momentariae possessionis interdictum" in l. 8 §. 1 Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 = l. 8 Cod. J. unde vi 8, 4[7]) die Klage auf Grund des Unde vi verstanden; und ebenso geht die Bezeichnung „momenti actio" in l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22[8]) auf eben diese Klage. Allein anderseits bezeichnet die Interpretatio zu l. un. Cod. Theod. Utrubi 4, 23 mit „momentaria actio" die Klage ex causa des Utrubi. Wir werden demnach jene Ausdrücke allgemein im Sinne von „Besitzklage" aufzufassen haben. In der That entspricht dies durchaus der Bedeutung, welche seit Constantin dem Worte „momentum" zukommt: sie ist einfach „augenblicklicher (d. h. einstweiliger) Besitz"[9]). Die Bezeichnung „actio momentanea"

7) Arcad. et Honor. 395.

8) Honor. et Theodos. 414. (s. S. 670).

9) L. 2 pr. Cod. Theod. de fals. 9, 19 (Constant. 326): Cum in praeterito is mos in iudiciis servaretur, ut prolatis instrumentis, si ea falsa quis diceret, a sententia iudex civilis controversiae temperaret, eoque contingeret, ut imminens accusatio nullis clausa temporibus petitorem possessoremve deluderet, commodum duximus, ut, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorive momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, ut tunc civili iurgio terminato secunda falsi actio subderetur. L. un. Cod. Theod. si de momento 11, 37 = l. un. Cod. J. eod. 7, 69 (Valentin., Theodos. et Arcad. 386): Cum de possessione et eius momento causa dicitur etc. L. 4 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (Arcad. et Honor. 396): — ad repetendum momentum etc. (s. unten S. 669 f.) Rubrica Cod. Theod. 11, 37 (438): Si de momento fuerit appellatum. Interpretatio ad Paul. V, 6, 1: Interdicta dicuntur, quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est a iudice momentum priori reddere possessori etc. — si intra ipsum annum de momento fuerit

läßt also schlechterdings keine Schlußfolgerung darauf zu, daß die unter sie fallende actio extraordinaria ex causa

actum etc. ad §. 16: — nec momentum, si creditor petat, de his rebus, quas supra diximus, accipere potest. Interpr. ad l. un. Cod. Theod. victum civiliter 9, 20: — momentum sibi restitui petat — recepto primitus momento. Interpr. ad l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22: Ad recipiendum momentum etc. Interpr. ad l. 1 Cod. Theod. si de mom. 11, 37: Si de momento fuerit appellatum, momentariae causae audientiam proprietati obesse penitus non debere, quamlibet de momento videatur aliquid iudicatum, quod in effectum sit sine dubio deducendum nec possit appellatione suspendi. Iubet tamen restituto momento causam proprietatis ex integro debere cognosci. Symmachus relatio 28 (= epistol. X, 41 [48]) v. J. 384 §. 1: — in causis — quibus momenti reformatio postulatur etc. §. 10: — in reformatione momenti nullum esse appellationibus locum. (S. dazu Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 434 ff.) Gregor. I. epist. 7, 44 (ed. princeps Paris 1675 = 9, 45 ed. Maurinorum Paris 1705 = 9, 91 in Monum. German.): — iudicium —, in quo et momenti et proprietatis valeat quaestio terminari. Isidor. Orig. V, 25, 25: Momentum dictum a temporis brevitate, ut statim salvo negotio reformetur nec in ullam moram produci debeat, quod repetitur. V, 25, 33: Interdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur salva propositione actionis eius. Fitting, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 11 S. 434 N. 4, führt noch an das mir nicht zur Hand befindliche Summarium zu l. un. Cod. Theod. si de momento 11, 37.

Gleichbedeutend mit momentum ist momentaria possessio. L. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 1 Cod. J. si per vim 8, 5 (Constant. 326): — ut eos momentariae possessioni restituant (s. unten S. 667 f..). L. un. Cod. J. ubi de poss. 3, 16 (Valentin. et Valens 366): Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare. Vgl. dazu Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 439 N. 48b. L. 8 §. 1

des Unde vi auf andrer Grundlage beruhe, als sie das Unde vi gehabt hatte.

Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 = l. 8 Cod. J. unde vi 8, 4 (s. oben zu N. 7). L. 6 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 (Arcad., Honor. et Theodos. 406): — momentariam possessionem pervasione violatam etc. L. 3 Cod. J. qui legit. pers. 3, 6 (= l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22): Momentariae possessionis actio. Rubrica Cod. J. 7, 69: Si de momentaria possessione fuerit appellatum. — Auch momenti beneficium heißt an sich nichts weiter als „der Vortheil des Besitzes". So ganz unzweideutig in Interpret. ad Paul. V, 6, 1: Sin vero qui abstulit maiore parte anni possedit ante iudicium, momenti beneficium reddere non compellitur. Da indessen dieser Vortheil sich vorzugsweis im Klagschutze äußert, so ist es begreiflich, daß jener Ausdruck mit einer besondern Beziehung auf diesen Klagschutz gebraucht wird. So Interpr. ad l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22: — possessionem suam momenti beneficio — nullatenus recipere prohibetur etc. Interpr. ad l. 3 Cod. Theod. de ind. 2, 18: — ut apud unum (sc. iudicem) de negotio principali proponat, et ab alio sibi momenti beneficio rem postulet consignari etc. Interpr. ad l. un. Cod. Theod. utrubi 4, 23: — fugitivos suos — momenti beneficio possessor sine dilatione recipiat etc. In Interpr. ad l. 6 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 giebt die Redewendung „aut quodlibet intra annum beneficium momenti requirat" das wieder, was das Gesetz selbst ausdrückt: „vel quodlibet interdictum efflagitet." — Interpr. ad l. un. Cod. Theod. vict. civil. 9, 20 gebraucht momenti beneficium für das interdictum de tabulis exhibendis: testamento per iudicium momenti beneficio restituto.

Nur das Edictum Theodorici und Cassiodor gebrauchen momentum für Besitzklage. Ed. Theodorici c. 76: — res occupata per violentiam intra annum momenti iure reddetur. Cassiodor. Variarum 4, 39: — si momenti tempora suffragantur, occupata — supplicanti restitui. 4, 44: momenti iure restituite supplicanti. 7, 8: momenti iura dilatata sunt (vigilibus cf. Cuia-

2. Die Annahme ſodann, daß die momentanea possessionis actio eine Popularklage ſei, iſt einem Mißverſtändniſſe der dafür angezogenen Stellen entſprungen.

Conſtantin hatte durch l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 1 Cod. J. si per vim 8, 5 v. J. 326 beſondre Fürſorge getroffen hinſichtlich des Beſitzes Abweſender, der ihren Detentoren gewaltſam entriſſen worden war.

Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes[10]). Hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut illibatis atque omnibus integris causae principalis internis id solum diligenter inquirant, utrum eius quolibet pacto[11]), qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus[12]) vel amicus vel servulus[13]) quolibet titulo retinebat. Nec hos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiunda re secludunt, nec si servi sint, eorum reiciant in iure personas, quia huiuscemodi condicionis hominibus causas orare fas non sit; sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni[14]) restituant, ac si reversus dominus litigasset.

---

cius paratitla in Cod. lib. 8 lit. 5 i.. f.). 8, 28: — momenti iure — (reddantur invasa). — Vgl. hierzu Bruns a. a. O. S. 88 ff. und Fitting a. a. O. S. 433 ff.

10) L. 1 pr. Cod. J. si per vim 8, 5 überſpringt den folgenden Satz bis zu dem Worte internis, indem ſie dann das id solum etc. mit ut anſchließt.

11) L. 1 pr. Cod. Just. cit. erſetzt pacto durch modo.

12) L. 1 pr. Cod. Just. cit. ſchaltet ein: vel parens vel proximus.

13) L. 1 pr. Cod. Just. lieſt: amicus vel libertus seu servus.

14) L. 1 pr. Cod. Just. ſchaltet ein: sine ulla cunctatione.

Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsimus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos [15]) vel amicos et colonos [16]) interea differatur. Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quae supererunt, ad disceptationem litigii immutilata permaneant; iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat, possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri.

Der Kaiser weiset die iudices, d. h. die Magistrate, an, von Amtswegen für die Abwesenden einzutreten, welche ihres Besitzes beraubt worden sind. Indessen soll die causa principalis, d. h. die Frage nach dem Eigenthume (oder einem sonstigen Rechte auf den Besitz), unberührt bleiben, die Untersuchung sich vielmehr darauf beschränken, ob demjenigen, der quolibet pacto, d. h. aus irgend einem Grunde [17]), abwesend ist, der durch einen

15) L. 1 §. 1 Cod. Just. schaltet ein: vel parentes vel proximos. Dieser Zusatz ist, wie die oben N. 12 f. angegebenen Zusätze der l. 4 Cod. Theod. unde vi (s. u. S.) entnommen.

16) L. 1 §. 1 Cod. Just. schaltet ein: vel libertos.

17) Es ist, wie Bruns, Besitzklagen S. 92 N. 2 bemerkt, grammatisch kaum zulässig, das quolibet pacto mit ablata zu verbinden, wie v. Ihering, Besitzesschutz 2. Aufl. S. 119 N. 123 es thut. Uebrigens würde der Sinn der Stelle dadurch nur insofern geändert werden, als sie alsdann von allen denkbaren Arten gewaltsamer Besitzesentziehung redete: darüber hinaus auf anderweit verursachten Besitzverlust würde sie nicht bezogen werden dürfen wegen der Ausdrücke privati, possessio ablata, deiecti, violentia. L. 1 pr. Cod. Just. si per vim 8, 5 ersetzt also durchaus zutreffend den Ausdruck: quolibet pacto durch: quolibet modo. Pactum in der Bedeutung von modus kommt auch vor in l. 2 eod. Th. unde vi 4, 22 (s. unten Ziffer 4 zu N. 39).

Dritten ausgeübte Besitz entzogen worden ist. Aber auch dieser Detentor soll nicht wegen mangelnder Vollmacht oder mangelnder Proceßfähigkeit von der gerichtlichen Klage zurückgewiesen werden. Sodann fällt die zeitliche Beschränkung des Anspruchs auf Wiedererlangung des gewaltsam entzogenen Besitzes fort, und zwar nicht nur für die Klage des Detentors, sondern ebenso für die Klage des zurückgekehrten frühern Besitzers selbst. Diesem aber oder seinem proceßfähigen Bevollmächtigten bleibt die Klage wegen des Rechtes auf den Besitz vorbehalten. Das Gesetz ordnet also für den von ihm betroffenen Thatbestand ein polizeiliches Verfahren an, welches sowohl von Amtswegen eröffnet werden kann, als auf Betrieb eines für einen eigentlichen Rechtsstreit nicht legitimirten, ja sogar nicht einmal proceßfähigen Detentors des in seiner Abwesenheit Dejicirten, welches übrigens begreiflicherweise den rechtlichen Zuständigkeiten dieses Letztern in keiner Weise präjudicirt[18]).

Diese Verordnung Constantins ist von Arcadius und Honorius i. J. 396 wiederholt worden.

L. 4 Cod. Th. unde vi 4, 22:

Legis iteranda sunt beneficia, quae tantum absentibus detulerunt, ut, si perturbatus possessionis status sit, vel direptum aliquid, ad repetendum momentum redintegrationemque fortunae servis etiam praebeatur facultas, amicis praeterea, parentibus, proximis vel libertis. Iudicem quoque absentium commoda tueri oportet atque in his, quae comprobantur ablata, celeri redhibitione consulere, nec iudicium dilatione suspendi. Sub quocunque igitur nomine vel titulo possidenti repetendi copia praebeatur, qui utendae rei habuit facul-

18) Ein ähnliches Polizeiverfahren wegen Dejection schildert Symmachus rel. 28 (epist. X, 41 [48]) v. J. 384. S. darüber Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 426 ff.

tatem, ut, quae in militia constitutis vel absentibus erepta esse constiterit, sub cuiuslibet personae repetitione reddantur.

v. Ihering[19]) faßt dieſes Geſetz ſo auf, als ob es im Gegenſatze zur l. 1 eod. nicht nur den Detentoren die Anſtellung der actio momentariae possessionis geſtatte, ſondern allen dem Abweſenden naheſtehenden Perſonen. Er überſieht jedoch dabei nicht nur, daß l. 4 ausdrücklich ſich als Wiederholung des ältern Geſetzes bezeichnet, ſondern weiter, daß es in ſeinem Verlaufe eben nur demjenigen die repetendi copia gewährt, welcher utendae rei habuit facultatem. Und ſelbſtverſtändlich iſt nur ein ſolcher Detentor unter der quaelibet persona zu verſtehen, auf deren Anforderung der dem Abweſenden entzogene Beſitz herausgegeben werden ſoll. Demnach iſt es durchaus begreiflich, daß Juſtinian dieſes Geſetz als bloße Wiederholung der l. 1 eod. in ſeinen Codex nicht aufgenommen hat[20]).

Aber auch l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22. = l. 3 Cod. J. qui legit. pers. 3, 6 v. J. 414, die Hauptſtütze v. Iherings, beweiſet nicht, daß die momentaneae possessionis actio zur Popularklage geworden iſt.

***Honorius* et *Theodosius* II:**

Momenti[21]) actio exerceri potest per quamcunque personam. Sub colore autem adipiscendae possessionis obrepta[22]) petitio alteri obesse non debet, maxime cum absque conventione personae legitimae initiatum iurgium videatur. Nihil autem opituletur conventio circa minorem habita, cum id rectius circa curatorem debuerit custodiri.

---

19) Beſitzesſchutz S. 118.

20) Bruns, Beſitzklagen S. 103 f. Vgl. übrigens N. 15 a. E.

21) Momentariae possessionis actio l. 3 Cod. J. 8, 6.

22) obrepticia C. J.

Die Constitution ist freilich nicht an einen Privaten gerichtet, sondern an den proconsul Africae; indessen ergiebt ihr Inhalt[22a]), daß sie gerade so wie die l. 5 Cod. Th. eod.[23]) die Antwort auf die in einem Einzelfalle ergangene Frage um Rechtsbelehrung ist[23a]): es ist also nicht zu vermuthen, daß sie neue Rechtssätze aufstellt. Eben deshalb aber muß ihr erster Satz aufgefaßt werden vom Boden des damals geltenden Rechtes aus. Nun wissen wir zwar, daß l. 4 Cod. Th. eod. v. J. 396 als Wiederholung der l. 1 eod. Constantins den nicht bevollmächtigten und nicht proceßfähigen Detentoren Abwesender gestattet, den ihnen gewaltsam entrissenen Besitz für ihre Principale zurückzufordern; nichts aber ist uns davon bekannt, daß in der Zwischenzeit jene Befugniß cuivis ex populo zugesprochen wäre. Demnach besagen die Worte: Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam nichts weiter als: Detentoren Abwesender können, selbst wenn sie nicht proceßfähig sind, den ihrem abwesenden Principal gewaltsam entzogenen Besitz gerichtlich zurückfordern. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der Thatsache, daß Justinian die l. 6 Cod. Th. cit. unter der Rubrik: Qui legitimam personam in iudiciis habent vel non als l. 3 Cod. Just. 3, 6 aufgenommen hat. Dies wäre schlechterdings unerklärlich, wenn es sich um Aufstellung einer Popularklage handelte, die doch beim Kläger nicht allein Proceßfähigkeit, sondern obendrein Bürgerrecht voraussetzt.

Keines dieser Gesetze hat also an den materiellen Grundsätzen des Unde vi etwas geändert.

Uebrigens ist es schwerlich richtig, ihre Vorschrift ausschließlich von der Wiedererlangung des Besitzes von

---

22a) Auf den wir erst unten Ziffer 8 S. 686 ff. eingehen können.
23) S. unten Ziffer 7 nach N. 64.
23a) Bruns, Besitzklagen S. 104.

Grundstücken zu verstehen[23b]). L. 1 cit. spricht vielmehr ganz allgemein von Abwesenden, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt; genau entsprechend bezieht sich l. 4 Cod. Theod. cit. auf alle Fälle, in denen Abwesenden perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, wie sie unterschiedlos redet von his, quae comprobantur ablata, — quae erepta esse constat; und l. 6 eod. bietet wenigstens keinerlei Anhaltspunct für eine Beschränkung auf Grundstücke. Nicht minder passen die weiteren Ausdrücke der l. 1 cit.: privati, possessio ablata, violentia auch auf bewegliche Sachen. Umgekehrt dagegen nöthigt der, allerdings nur für gewaltsame Entziehung des Besitzes von Grundstücken gebräuchliche, Ausdruck deiecti um so weniger zur ausschließlichen Beziehung des Gesetzes auf Grundstücke, als dessen Anwendung ohne Zweifel vorzugsweis für solche bestimmt war. Den Ausschlag jedoch dürfte der Ausdruck geben spatia recuperandae possessionis legibus praestituta. Denn das Unde vi hat nur Ein spatium, den annus utilis; eine Mehrheit zeitlicher Begrenzungen der recuperatorischen Besitzklagen stellt sich nur dann heraus, wenn das Utrubi einbegriffen wird; und auch die spatia leg*ibus* praestituta, das tempus —, quod recuperandae possessioni leg*ibus* praestitutum est, gewinnen erst dann eine volle Bedeutung, wenn sie nicht lediglich von der durch das edictum de interdicto Unde vi non armata gesetzten zeitlichen Beschränkung zu verstehen sind. Demgegenüber ist es ganz unerheblich, daß der Codex Theodosianus die Constitution Constantins in den Titel unde vi stellt: enthält dieser Titel als l. 3 doch auch eine Constitution von Valentinian II, Theodosius und Arcadius, die sich unbestrittenermaßen nicht minder auf bewegliche Sachen bezieht, als auf Grundstücke, übrigens

23) A. M. Bruns, Besitzklagen S. 92 f.

als l. 7 in den gleichnamigen Titel des Codex Justinianus aufgenommen worden ist.

3. Wir wenden uns zur Prüfung der Frage, ob die Gesetzgebung der römischen Kaiser von Constantin an die sachlichen Voraussetzungen der actio ex causa des Unde vi erweitert habe.

Constantin selbst hat die gewaltsame Besitzaneignung mehrfach zum Gegenstande seiner Gesetzgebung gemacht.

Zuerst erließ er strenge strafrechtliche Gesetze gegen manifesta violentia[24]) und gegen violenta invasio eines fremden Grundstücks[25]). Bald darauf regelte er das strafrechtliche Verfahren wegen gewaltsamer Besitznahme einer Sache für den Fall, daß der Occupant auf den Besitz rechtlichen Anspruch erhebt[26]). Hier soll zuvörderst untersucht werden, ob gewaltsame Besitznahme stattgefunden hat; wird dies angenommen, so ist der frühere Besitzstand herzustellen; alsdann wird jener Anspruch des Occupanten geprüft, und nach Befund darüber die Strafe zugemessen. Erweist sich nämlich jener Anspruch als unbegründet, so trifft den Occupanten Deportation und Confiscation des ganzen Vermögens; thut er dagegen dar, daß die Sache ihm gehört, so kommt er mit Confiscation des halben Eigenthums dieser Sache ab[27]).

---

24) L. 1 Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi 9, 10 v. J. 317.

25) L. 2 Cod. eod. vom selben Jahre.
Beide Gesetze schreiben als Strafe statt Relegation und Deportation Tod vor; in der Umgestaltung der l. 1 cit. als l. 6 Cod. Just. eod. 9, 12 ist die Todesstrafe der vis auf den Fall beschränkt, wenn bei ihr auf einer Seite ein Mensch umgekommen ist. Vgl. auch l. 3 Cod. Th. h. t. (unten im Texte).

26) L. 3 Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi 9, 10 v. J. 319. Ihr erster Theil = l. 7 Cod. J. eod. 9, 12.

27) Quod si pro eo, quem claruerit esse violentum, sententia

Ein weiteres Gesetz Constantins bezieht sich auf den Fall, wenn der Streit um den Besitz mit einem Eigenthums- und Grenzregulirungsstreite zusammenhängt. Es ist l. 1 Cod. Theod. fin. reg. 2, 26 v. J. 330, die Justinian in zwei getrennten Stücken als l. 3 Cod. J. eod. 3, 39 und als l. 5 Cod. J. unde vi 8, 4 aufgenommen hat.

Si quis super invasis[28]) sui iuris locis prior[29]) detulerit querimoniam, quae finali cohaeret cum proprietate controversiae[30]), prius super possessione quaestio finiatur, et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur. Quod si altera pars, locorum adepta dominium, subterfugiendo moras attulerit, ne possit controversia definiri locorum ordine, electus agrimensor dirigatur ad loca[31]),

proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci vindicentur. So, nicht vindicentur, ist mit drei von Hänel angeführten Handschriften zu lesen, „cetera“ m. a. W. zu „pars“ zu beziehen. Es wäre seltsam, wenn die Selbsthülfe des Eigenthümers zwar auch mit dem Verluste des ganzen übrigen Vermögens bestraft würde, ihm dagegen die Hälfte des Eigenthums an den Sachen verbliebe, worauf sie sich bezogen hat.

Selbstverständlich mußte in l. 7 Cod. J. cit. der Schlußsatz der l. 3 Cod. Theod. cit. fortbleiben, weil inzwischen durch l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (= l. 7 Cod. J. h. t. 8, 4) die Strafe der Selbsthülfe geändert war.

28) L. 3 Cod. Just. eod. 3, 39 läßt invasis aus.

29) L. 3 Cod. J. cit. schaltet ein: de finibus.

30) L. 3 cit. liefet: quae proprietatis controversiae cohaeret.

31) L. 3 cit. liefet: Quod si altera pars, ne huiusmodi quaestio terminetur, se subtraxerit, nihilominus agrimensor in ipsis locis iussione rectoris provinciae una cum observante parte hoc ipsum faciens perveniet.

Hiermit hört l. 3 auf. Der Schluß der l. 1 Cod. Th. cit. lautet bei Justinian als l. 5 Cod. unde vi 8, 4: In-

ut, si fidelis inspectio tenentis locum esse probaverit, petitor victus abscedat; et si controversia eius claruerit, qui primo detulerit causam, ut invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca data ab aliis possessa sunt, ipsis solis cedere debent.

Regelmäßig ſoll zuvor die Beſitzfrage beendigt werden, dann erſt der Feldmeſſer die richtigen Grenzen feſtſtellen[32]). Entzieht ſich jedoch der Beſitzer (pars locorum adepta dominium)[33]) dem Beſitzſtreite, damit die controversia locorum nicht in der richtigen Reihenfolge entſchieden werden könne, ſo ſoll der Feldmeſſer, ohne daß man die Durchführung des Beſitzſtreites abwartet, an Ort und Stelle geſandt werden[34]), und wenn nun eine zuverläſſige Augenſcheinsaufnahme (fidelis inspectio) erweiſet, daß das ſtreitige Stück dem Beſitzer gehöre, ſo

vasor locorum poena teneatur legitima, si tamen vi loca eundem invasisse constiterit. nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet.

32) Cf. Aggenus Urbicus (Lachm. 16, 12): De possessione controversia — per interdictum, hoc est iure ordinario litigatur; hoc non est disciplinae nostrae iudicium, sed apud praesidem provinciae agitur, — sicut lex ait „nisi de possessionis statu quaestio fuerit terminata, non licet mensori praeire ad loca.“

33) Dies kann hier nicht „Eigenthum“ bedeuten, ſondern nur „thatſächliche Herrſchaft“, alſo Beſitz. Cuiacius Obs. XIX, 16. Vgl. l. 2 Cod. Th. unde vi 4, 22 (unten S. 678): possessorem — dominio suo — turbaverit. Interpretatio ad h. l.: dominum possessionis — proprietatem suam sine dilatione recipient; l. 6 pr. Cod. J. h. t.: conveniendos dominos locorum esse.

34) Nach l. 3 Cod. J. fin. reg. 3, 29 (oben N. 31) auf Geheiß des rector provinciae und mit der andern Partei.

wird der Kläger abgewiesen. Ist aber durch die Verhandlung (controversia) klar geworden, daß das streitige Stück dem Kläger gehört, so verfällt der Besitzer der Strafe des Edictes, sofern es festgestellt worden ist, daß er jenen Besitz gewaltsam ergriffen hat. Hat er dagegen irrthümlich oder infolge einer Nachlässigkeit des Klägers die diesem zugeeigneten Stücke in Besitz genommen, so hat er sie einfach herauszugeben.

Unter dem „Edicte", dessen Strafe verwirkt sein soll, ist nicht das prätorische Edict zu verstehen. Denn dieses stellt für den Fall der Dejection eine Strafe überhaupt nicht auf. M. E. kann nur das Edict Constantins selbst in l. 3 Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi 9, 10 v. J. 319 gemeint sein. Es soll m. a. W. auch in diesem Falle der violentus invasor fremder Grenzstücke mit Deportation und Confiscation bestraft werden[35]), während derjenige straffrei ausgeht, der sich den Besitz des ihm selbst gehörigen Grenzstreifens gewaltsam angeeignet hat. Gemäß der l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (= l. 7 Cod. J. h. t.) ist dieser Unterschied in der aus l. 1 Cod. Theod. fin. reg. 2, 26 entnommenen l. 5 Cod. J. h. t. beseitigt: nach ihr trifft den invasor locorum stets die poena legitima, d. h. die Strafe der l. 3 Cod. Theod. cit. unde vi.

Auch in der l. 1 Cod. Th. fin. reg. 2, 26 liegt keine Erweiterung der actio ex causa interdicti Unde vi. Allerdings halte ich es nicht für geboten, mit Bruns[36]) das „per errorem" am Ende der Stelle wegen des folgenden „aut incuriam domini" ausschließlich von einem Irrthume des Eigenthümers zu verstehen. Allein auch

35) Bruns, Besitzklagen S. 93 f. erklärt weder das Verhältniß zwischen Anfang und Ende der l. 1 cit. noch die poena edicti, die er S. 95 durch „gesetzliche Strafe" wiedergiebt.

36) Besitzklagen S. 95.

dann, wenn man es auf den Occupanten bezieht, ist hier doch ebensowenig, wie im Falle des Besitzverlustes per incuriam domini von einem Klagrechte auf Grund des verlornen Besitzes die Rede, wie v. Jhering[37]) annimmt: die Schlußworte der l. 1 Cod. Theod. fin. reg. 2, 26 und der l. 5 Cod. J. h. t. 8, 4 haben nur den Zweck, bei ungerechtfertigtem Besitzerwerbe per errorem aut incuriam domini die auf gewaltsame Besitzaneignung gesetzte Strafe auszuschließen; die Klage jedoch, mit welcher in diesem straffreien Falle der frühere Besitzer den Besitz zurückerlangt, ist die actio finium regundorum oder die vindicatio loci.

Noch in demselben Jahre 330 setzte Constantin eine besondere Strafe auf ungerechtfertigte Selbsthülfe während eines Grenzregulirungsstreites. Nimmt derjenige, der diesen Streit begonnen hat, vor dem Endurtheile ein fremdes Grenzstück eigenmächtig in Besitz, so soll er bei der gegen ihn ausfallenden Entscheidung nicht nur dieses Grenzstück herausgeben, sondern dazu ein gleich großes Stück seines eignen Grundstücks.

L. 2 Cod. Th. fin. reg. 2, 26 = l. 4 Cod. Just. eod. 3, 39:

> Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id, quod male petebat, amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alicui, is, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus, tantum agri modum, quantum diripere tentavit, amittat.

Die l. 2 cit. ist also das Vorbild für l. 3 Cod. Theod. unde vi 4, 22[38]). Eine Erweiterung der Grundsätze des

37) Besitzesschutz S. 109.

38) v. Savigny, Recht des Besitzes. 7. Aufl. S. 437 N. 2. Bruns berücksichtigt die l. 2 cit. nicht.

Unde vi liegt jedoch in ihr nicht: die Klage, mittels derer die Strafe vollzogen wird, ist die vom irreptor selbst angestellte actio finium regundorum, deren Doppelseitigkeit auch in dieser Beziehung die Verurtheilung des Klägers gestattet.

4. Eine Erweiterung der actio ex causa des Unde vi ist dagegen bewirkt durch l. 2 Cod. Theod. unde vi 4, 22. *Gratianus, Valentinianus* et *Theodosius* ad Petitum Vicarium Urbis 381[39]):

Quisquis neque vulgato rescripto neque adversario solenniter intimato possessorem quietum dominio suo huiusmodi terrore turbaverit, ea in perpetuum lite mulctetur, quam praeoccupaverit violentia, cum precibus poposcisset audiri. Quae non minus etiam eum tenebit condicio, qui iudicis interlocutione suppressa sub specie iudicati ius alienum improba temeritate pervasit, ita ut neuter reparationem interfecti hoc pacto semel negotii audeat postulare. Si autem habito plerumque colludio curatores vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis iurgandi copia et fructus adimatur, his eatenus subvenimus, ut eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienae, sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur; curatores autem vel tutores aeterna deportatione punitos bonorum publicatio persequatur.

39) L. 6 pr. Cod. J. h. t. giebt den ersten Theil der l. 2 cit. so wieder: Meminerint cuncti, sive vulgato rescripto mansuetudinis nostrae sive sententia cuiuslibet iudicis utantur in causis, conveniendos dominos locorum esse aut, si forte defuerint, actores eorum ad insinuandas sententias procuratoresque quaerendos, ne inde iniuriarum nascatur occasio, unde iure nascuntur. quod si praecepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare coeperant. privabuntur. Der §. 1 der l. 6 Cod. J. wiederholt wörtlich den Schluß der l. 2 cit. von den Worten Si(n)autem an.

Wer in einem Processe ein kaiserliches Rescript erwirkt hat, nun aber, statt prozeßordnungsmäßig dasselbe dem Gerichte zu insinuiren und dem Gegner mittheilen zu lassen[40]), dem Letztern den Besitz durch Drohung mit diesem Rescripte abnöthigt, soll zur Strafe seinen Klaganspruch endgültig verlieren. Das Gleiche soll eintreten, wenn eine Partei mit Verheimlichung einer gerichtlichen Vorentscheidung unter dem Vorwande, bereits ein obsiegliches Endurtheil erlangt zu haben, dem Gegner den Besitz abgenöthigt hat. Die Aufnahme des Gesetzes in den Titel Unde vi beweiset, daß der Rechtsbehelf des Geschädigten auf Herausgabe des ihm in solcher Weise abgenöthigten Besitzes eben die actio ex causa des Interdictes wegen Besitzentziehung sein soll. Es erklärt sich die Wahl dieser Klage wohl daraus, daß die actio quod metus causa wegen einer Drohung mit Rechtsbehelfen, also auch mit der Zwangsvollstreckung, nicht für statthaft galt[41]).

Immerhin aber handelt es sich hier um eine wenig bedeutende, übrigens durchaus singuläre Durchbrechung der Grundsätze des Unde vi.

An die besprochene Vorschrift knüpft die l. 2 cit. eine weitere Bestimmung für den Fall, daß Vormünder Minderjähriger hinsichtlich einer Sache, die jene für diese beanspruchen (his rem debitam), in einer der geschilderten Weisen verfahren[42]), um ihre Pflegbefohlenen sachfällig

40) v. Bethmann-Hollweg, der römische Civilproceß Bd. 3 §. 164 zu N. 8 f. S. 351.

41) L. 7 pr. D. quod met. 4, 2: neque alicuius vexationis timorem per hoc edictum [sc. de metu] restitui.

42) Interpr. ad h. l.: Quod si tutores etiam vel curatores minorum colludio aliquo pro eorum negotiis alienam rem sub ea, qua diximus, temeritate pervaserint, ut minorum causa depereat, nullum minoribus praeiudicium fieri ex

zu machen. Hier soll das ungehörige Vorgehen der Vormünder, das meist auf Collusion mit dem Gegner beruht, den Minderjährigen keinen Nachtheil bringen. Selbstverständlich muß der widerrechtlich für sie erworbene Besitz dem frühern Besitzer zurückgegeben werden; die Vormünder aber werden mit Deportation und Confiscation bestraft.

Völlig irrig versteht v. Ihering[43]) den ersten Theil dieser Stelle von Erschleichung des Besitzes in Formen des Rechtes, ihren zweiten davon, daß colludirende Vormünder den Besitz ihrer Mündel dem Gegner abgetreten haben[44]).

Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes enthält nichts, was seine Beschränkung auf Grundstücke nothwendig machte, ist doch vielmehr ganz allgemein von einer res debita die Rede. Indessen weiset die veränderte Fassung Justinians[45]) mit den Worten: conveniendos dominos locorum esse ebenso bestimmt auf Grundstücke hin.

5. Eine tief einschneidende Aenderung hinsichtlich der civilrechtlichen Ahndung der vis hat die l. 3 Cod. Th. unde vi 4, 22 verfügt.

Valentinianus, Theodosius et *Arcadius* ad Messianum Comitem rerum privatarum 389:

Plerosque detectum est rem privatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiverat, invasisse: quam nos a retentatoribus ereptum sociari iubemus aerario, punientes contumacius, quam decus publicum sinebat,

---

tutorum vel curatorum temeritate permittimus, sed proprietatem suam sine dilatione recipiant, curatores autem vel tutores amissis rebus suis perpetuo exilio deputentur.

43) Besitzesschutz S. 119 und S. 114.

44) S. die gründliche Widerlegung bei Bruns, Besitzklagen S. 95 ff.

45) S. N. 36.

erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nollent exspectare iudicium ac spernerent victoriam, quam iustitiae praescripsisset eventus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis operiri noluerit litis eventum, et quod recipere lege potuisset, contemptor examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem provexit audacia, ut quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante eventum iudicialis arbitrii illicita praesumptione temerarent, aestimationem rei, de qua litigari convenerat, cogantur exsolvere. Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus. Illud autem ab officio magnificentiae tuae cavendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra litem exspectare, non inferre cogatur, neque expetat, sed patiatur examen.

Die Veranlassung dieses Gesetzes lag darin, daß mehrere Personen aus einer confiscirten Vermögensmasse sich gewaltsam den Besitz von Sachen angeeignet hatten, deren Eigenthum sie zu haben behaupteten. Sind sie in der That Eigenthümer, so verlieren sie nun ihr Eigenthum an das Aerar und müssen ihm den Besitz herausgeben; sind sie nicht Eigenthümer, so müssen sie außer dem Besitze der Sachen deren Schätzwerth erstatten. Diese Vorschriften werden sodann als allgemein gültig auch für Privatverhältnisse hingestellt.

Justinian hat die l. 3 cit. in wesentlich umgestalteter Form als l. 7 Cod. J. unde vi 8, 4 aufgenommen:

Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem in-

vasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

Daß dieses Gesetz sich auch auf bewegliche Sachen bezieht, ergiebt sich ohne weiteres aus seiner allgemeinen Fassung[46]). Zudem sagt es uns Justinian ausdrücklich in §. 1 J. vi bon. 4, 2[47]).

Jetzt also ist auch gegenüber der actio ex causa interdicti de vi non armata sowohl die exceptio vitiosae possessionis abgeschnitten, als die wie diese bisher zulässige Berufung auf das Eigenthum des Beklagten[48]); und nicht minder für den auf Grund jener Klage verurtheilten Dejicienten die nachfolgende rei vindicatio. Genau das Gleiche aber müssen wir für den violentus possessor einer beweglichen Sache bei und nach der actio ex causa interdicti Utrubi behaupten. Indessen ist diese Klage nur innerhalb eines Jahres und nur so lange möglich, als der Räuber die geraubte Sache besitzt. Daher ist es wichtig, daß, wie wir bereits bemerkt haben[49]), die exceptio vitiosae possessionis und die Berufung auf sein Eigenthum dem Räuber auch bei und nach der condictio possessionis zu versagen sind. Dagegen steht es in offenem Widerspruche zu l. 2 §. 18 D. vi bon. rapt. 47. 8, wenn Pflüger[50]) wegen §. 1 J. eod. 4, 2 auch gegenüber der actio vi bonorum raptorum die Einrede des Eigenthums ausschließt[51]). In der That würde ohne diese Einrede der Räuber der eignen Sache mit dem Ersatze des Vierfachen noch weit härter gestraft worden sein, als l. 7 cit. ihn strafen wollte.

46) Vgl. auch §. 6 med. J. de interd. 4, 15 (s. oben S. 25).
47) S. oben S. 24.
48) S. oben §. 1848 Ziffer 4 S. 20ff.
49) §. 1853 S. 659.
50) Besitzklagen S. 132f.
51) S. oben §. 1848 Ziffer 4 S. 23f. zu N. 21c.

6. Nach einem Gesetze von Arcadius und Honorius v. J. 395 soll der Provinzialstatthalter nicht mit der Aburtheilung solcher Delicte behelligt werden, über welche ohne förmliches Criminalverfahren (ohne inscriptio) zu verhandeln ist. Die Entscheidung über diese fällt vielmehr den Municipalmagistraten anheim. Unter den hierher gehörigen Sachen zählt das Gesetz auch das momentariae possessionis interdictum auf, sofern im Einzelfalle dabei weder vis publica noch vis privata im Sinne der Strafgesetze in Betracht komme.

L. 8 §. 1 Cod. Th. de iurisd. 2, 1 = l. 8 Cod. J. h. t. 8, 4:

Momentariae etiam[52]) possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut[53]) mox audiri, interdum etiam sine inscriptione mereatur[54]), abacti etiam animalis causa proponitur[55]).

Neben der bereits erörterten l. 5 Cod. h. t.[56]) bildet dieses Gesetz die wesentlichste Grundlage für die Ansicht v. Iherings, daß das spätere römische Recht den Begriff der, mit der actio momentariae possessionis verfolgbaren, unrechtmäßigen Besitzaneignung über den Begriff der vis hinaus erweitert habe[57]). Denn es sei kein Fall erweisbar, wo zwar das alte interdictum Unde vi, nicht aber die accusatio ex lege Julia möglich wäre[58]).

Inzwischen hat Bruns[59]) eine Anzahl derartiger Fälle nachgewiesen. So ist das Unde vi nicht nur wegen

52) Cod. J. *om.* etiam.
53) Cod. J. *om.* ut.
54) meretur Cod. Just.
55) Cod. J. *om.* abacti — proponitur.
56) S. oben S. 674 f.
57) Besitzesschutz S. 108.
58) Das. S. 111.
59) Besitzklagen S. 100 f.

des pervenire, sondern auch als Noxalinterdict gegen den Herrn begründet, wenn dessen familia ohne sein Wissen und Wollen eine Dejection verübt hat[60]); so findet es statt gegen eine Gemeinde, soweit infolge einer Dejection etwas an sie gelangt ist[61]); so gegen den Mündel in gleichem Umfange, wenn der Vormund dem Gegner zuwider der l. 6 §. 1 Cod. h. t. den Besitz entzogen hat; so vor allem gegen denjenigen, der eine bereits geschehene Dejection gutheißt[62]); — und doch kann hier nirgends von einem Criminalverfahren gegen den Impetraten die Rede sein[63]). Auf eben diese und denen ähnliche Fälle bezieht sich l. 8 cit.

7. Im Jahre 397 erging im Namen derselben Kaiser aus Mailand eine Verfügung an den vicarius Hispaniarum, welche offenbar den Bescheid auf die Anfrage wegen eines Einzelfalles enthält. Sie hat daher nicht den Zweck, das bestehende Recht zu ändern, will vielmehr lediglich dessen Anwendung bestimmen[64]).

L. 5 Cod. Th. unde vi 4, 22:

Nec imperiale rescriptum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris interpellare possessionis statum eo, qui rem tenet, absente permittitur.

60) L. 1 §§. 15. 19. 21. D. h. t. Siehe §. 1848 Ziffer 10 S. 89 ff.

61) L. 4 eod.

62) L. 1 §. 14. l. 3 §§. 10. 11. D. h. t.

63) Dagegen mag ich nicht zustimmen, wenn Bruns meint, auch gegen den Pächter, der den ihm zwecks Herausgabe des Verpächters zugewiesenen Käufer des Letztern in einer Weise „non admisit", welche nach l. 12 D. h. t. als Dejection des Verpächters gelten muß, sei eine accusatio de vi nicht statthaft gewesen. Die bekannte Vorschrift Zenos, l. 10 Cod. h. t. und l. 33 Cod. de loc. 4, 65, betrifft einen wesentlich verschiedenen Thatbestand. S. unten Ziffer 9.

64) Bruns a. a. O. S. 106 f.

quia negotiorum merita partium assertione panduntur. §. 1. Vitia autem a maioribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.

Der §. 1 betrifft die, uns im gegenwärtigen Zusammenhange nicht angehende, Wirkung der vitia possessionis des Rechtsvorgängers für den Rechtsnachfolger[65]). Justinians Codex giebt ihn für sich als l. 11 de adq. et ret. poss. 7, 32. Das principium der Constitution erklärt, daß weder ein kaiserliches Rescript noch eine richterliche Verfügung den Besitzstand eines Abwesenden ändern dürfe, wie ja nach römischem Rechte gegen Abwesende grundsätzlich ein Urtheil überhaupt unzulässig war. Allerdings erleidet dieser Satz eine Ausnahme in dem Falle, wenn der Abwesende einem richterlichen Befehle den Gehorsam versagt[66]). Und in solchem Falle kann auch der Besitz des contumax auf den Gegner übertragen werden[67]). Aber von diesem Ausnahmsfalle war ohne Zweifel in der Anfrage, welche die l. 5 veranlaßt hat, keine Rede gewesen. Nun versteht es sich freilich von selbst, daß, wenn zuwider der l. 5 cit. der Besitz eines Abwesenden auf den Gegner übertragen worden wäre, der Letztere ihn hätte zurückübertragen müssen. Allein dazu bedurfte es keiner neuen Besitzklage; es reichen hier diejenigen Rechtsbehelfe aus, mit denen die Nichtigkeit einer richterlichen Entscheidung geltend, und jede auf Grund einer solchen nichtigen Entscheidung erfolgte Vermögensverschiebung rückgängig gemacht wird[68]).

65) Vgl. l. 11 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

66) L. 75 D. de iud. §. 1. l. 1 §. 3 D. quae sent. sine app. 49, 8. l. 53. l. 54 D. de re iud. 42, 1. l. 21 §. 2 D. ex quib. c. mai. 4, 6. l. 2. l. 4—10 Cod. quom. et quando iud. 7, 43.

67) L. 8 cit. Cod. quom. et quando 7, 43.

68) Arg. l. 11 D. de app. 49, 1. Windscheid, Lehrb. Bd. 2 §. 426 N. 17.

Mit gutem Grunde hat Justinian die l. 5 Cod. Theod. unde vi 4, 22 nebst der l. 1 eod. nicht in denjenigen Titel seines Codex aufgenommen, der die actio ex causa interdicti Unde vi betrifft (8, 4), vielmehr aus beiden Constitutionen einen besondern Titel gebildet unter der Rubrik: Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. Es handelt sich hier um den Schutz des Besitzes Abwesender gegen Gewalt, wie l. 1 ihn gerade da anordnet, wo das Unde vi aus formellem Grunde nicht angestellt werden kann, und um den Schutz des Besitzes Abwesender gegen richterliches Urtheil, der nach l. 2 darin liegt, daß dieses für nichtig erklärt wird. Eben auf die Besitzstörung durch solches Urtheil ist das „alio modo“ zu beziehen, und gerade bei dieser Störung ist die actio ex causa Unde vi nicht das geeignete Rechtsmittel. Eben ist deshalb unzulässig, mit v. Ihering[69]) aus dem „alio modo“ zu folgern, daß neben der vis noch die Möglichkeit einer anderweiten Störung des Besitzes als Grundlage einer recuperatorischen Besitzklage anerkannt werde[70]).

8. Die bereits in einem andern Zusammenhange besprochene[71]) l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 3 Cod. J. qui legit. 3, 6 v. J. 414 bestimmt nach v. Ihering[72]): „die Erschleichung einer richterlichen Einweisung in den

---

Bruns will da, wo etwa auf Grund des Decrets Gewalt oder Zwang angewendet ist, oder die Vertreter des Abwesenden im Irrthume den Besitz herausgegeben haben, je nach Umständen interdictum Unde vi oder possessorische actio metus, condictio indebiti u. s. w. eintreten lassen. Dies ist aber stets von ganz besonderen Voraussetzungen abhängig.

69) Besitzesschutz S. 108.

70) Bruns, Besitzklagen S. 133 f.

71) S. oben S. 670 f.

72) Besitzesschutz S. 118 f.

Besitz (sub colore adipiscendae possessionis obreptitia petitio), insbesondere wenn der Gegner nicht gehört ist, soll Letzterm nicht schaden, die etwaige Vollziehung des Einweisungsbefehls soll mittels der „act. momentaneae possessionis“ rückgängig gemacht werden.“

M. E. ist der in der l. 6 cit. behandelte Thatbestand der folgende. Gegenüber einem Minderjährigen war ein proceßunfähiger Mensch, etwa ein Sklav, für einen abwesenden Principal mit einer Klage auf Herausgabe eines Besitzes aufgetreten, den der Principal noch nicht gehabt hatte. Die Kaiser erklären nun, die Proceßunfähigkeit des Klägers stehe freilich der momenti actio nicht entgegen, wohl jedoch einer Klage auf erste Erlangung des Besitzes, deren Zulassung nur durch Erschleichung zu erreichen gewesen sei, d. h. wohl: nur durch Verschweigen des Umstandes, welcher die Proceßunfähigkeit begründet, oder durch unwahre Angaben darüber[72a]); und deshalb könne eine solche Klage dem Gegner nicht schaden, namentlich da er selbst zur Zeit der Klagerhebung nicht proceßfähig gewesen sei; m. a. W. das auf die Klage ergangene Urtheil sei nichtig.

Jedenfalls aber sagt die Stelle kein Wort davon, daß die etwaige Vollziehung eines erschlichenen Einweisungsbefehles mittels der actio momentaneae possessionis rückgängig gemacht werden solle. Nur soweit berührt sie jene Klage, als sie erwähnt, daß dieselbe auch

72a) Nach Bruns a. a. O. S. 105 f. sagt die l. 6: „die Obreption dürfe dem Verklagten nicht schaden, d. h. die exceptio obreptionis sei für diesen begründet, wenn der Kläger wirklich „colore adipiscendae possessionis“ ein Rescript erschlichen habe.“ Ich finde weder den Hinweis auf ein Rescript, noch den Hinweis auf eine derartige exceptio in der Stelle; m. E. spricht sie von einer obrepta (oder wohl besser in der Lesung des Codex Justinianus: obrepticia) petitio.

von einem proceßunfähigen Detentor erhoben werden könne. So war Justinian durchaus berechtigt, sie aus dem Titel Unde vi, welchem Theodos II. sie wegen jener Erwähnung eingefügt hatte, in den Titel über die Proceßfähigkeit einzustellen.

9. Zeno hat die durch l. 7 Cod. h. t. für die gewaltsame Besitznahme fremder Sachen vorgeschriebene Strafe auf den Fall widerrechtlich verweigerter Rückgabe einer zur Benutzung anvertrauten fremden Sache erstreckt. Justinian hat uns Zenos Gesetz in verschiedener Fassung an zwei Stellen überliefert, nämlich als l. 33 Cod. de loc. 4, 65 und als l. 10 Cod. h. t. 8, 4.

L. 33 Cod. de loc.:

Conductores rerum alienarum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur.

L. 10 Cod. h. t.:

Non abs re est, quemadmodum possessionis alienae invasores tam vetus quam praesens sacra constitutio censuit puniendos, nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserunt, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus adlegatio competeret, duxerint resistendum, et non protinus, id est non expectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. §. 1: Eos namque iubemus pro tanta suae iniquitatis impudentia, si cognitionis iudiciariae eventu fuerint condemnati, rei, cuius possessionem sponte

restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli.

Es ist eine verbreitete Ansicht, „daß die Restitutionsweigerung und das non admittere in jedem Falle der detentio nomine alieno eine Dejection des Besitzers enthält, welche ebenso allgemein denselben zur Anstellung des Unde vi berechtigt“ [73]). Allein das non admittere, das nach l. 12 D. h. t. [74]) das Unde vi veranlaßt, setzt Anwendung körperlicher Gewalt oder die ernsthafte Drohung mit solcher voraus. Daß ein Detentor, der auf solche Weise verfährt, in der That ein possessionis alienae invasor ist, versteht sich von selbst; seinetwegen hätte Zeno nicht erst die l. 7 Cod. h. t. auf das non restituere zu erstrecken brauchen. Umgekehrt würde es vielmehr unverständlich bleiben, weshalb Zenos Vorschrift nur die Detentoren fremder Sachen trifft, nicht auch einen Detentor, der Eigenthümer der Sache ist oder doch zu sein behauptet: fällt doch auch der wahre Eigenthümer, der violenter invasit, unter die Strafe der l. 7 cit. Allein Zeno bestraft gar nicht jede Weigerung des restituere, die sich hinterher als rechtlich unbegründet erweiset, sondern nur ein litem usque ad definitivam sententiam exspectare.

Der von Zeno verpönte Thatbestand hat mit gewaltsam non admitti schlechterdings nichts gemein. Er liegt gerade umgekehrt darin, daß der Detentor unter Anerkennung des Detentionsverhältnisses, also auch des gegnerischen Besitzes, die Herausgabe der Detention aus nichtigen Gründen solange weigert, bis er durch die Ver-

73) Wendt, Faustrecht in Jahrb. für die Dogmatik Bd. 21 S. 233. Bruns, Besitzklagen S. 101.

74) S. oben §. 1848 Ziffer 7 S. 59f.

urtheilung auf die Klage aus dem vorliegenden Detentionsverhältnisse, also mit der geeigneten Contractsklage oder dem interdictum de precario, dazu gezwungen wird: die Verurtheilung auf diese Klage soll dann neben der Herausgabe der Sache den Schätzwerth der Sache umfassen. Selbstverständlich ist da, wo der Kläger das Eigenthum des Gegners anerkennt, eine solche Klage soweit unstatthaft, als infolge dieses Eigenthums das Schuldverhältniß, worauf sie sich stützt, nichtig ist. Und eben deshalb ist sie soweit auch gegenüber demjenigen schlecht geeignet, dessen Eigenthum noch des Beweises bedarf, es stände denn mit Sicherheit zu erwarten, daß jener Beweis mißlingen werde. Allein sie ist ihm gegenüber auch gar kein Bedürfniß. Kraft seiner Behauptung bestreitet er freilich, daß aus der zwischen dem Gegner und ihm thatsächlich getroffenen Vereinbarung ein rechtlich wirksames Schuldverhältniß entsprungen sei, das ihn zur Herausgabe der Detention verpflichte; allein er gesteht doch jene Vereinbarung als causa seiner Detention ein. Da nun nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest, so wird er, nöthigenfalls mit dem interdictum retinendae possessionis[75]), zur Herausgabe der Detention gezwungen. Es muß ihm indessen unbenommen bleiben, hinterher sein Eigenthum geltend zu machen[75a]), und es wäre schreiende Unbill, ihn, falls er damit nicht durchdringen sollte, mit dem Schätzwerthe der Sache zu strafen, deren Besitz der Gegner ja längst zurückerhalten hat.

Zenos Constitution hat also mit dem Unde vi nichts zu thun; wenn ihre eine Fassung in den Codextitel Unde vi aufgenommen ist, so beruht das lediglich darauf, daß sie die gleiche Strafe, welche die l. 7 h. t. auf die ge-

75) S. oben §. 1850 Ziffer 12 S. 448 f. unter b.

75a) L. 25 Cod. de loc. 4, 65 (s. oben S. 449 N. 32).

waltsame Wegnahme einer fremden Sache gesetzt hatte, dem Detentor androht, der die ihm obliegende Rückgabe aus hinfälligen Gründen bis zu seiner Verurtheilung weigert.

Uebrigens kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sich das Gesetz ebensowohl auf bewegliche Sachen bezieht, als auf Grundstücke.

10. In classischer Zeit hatte sich, wie wir gesehen haben[76]), der Satz entwickelt, daß der in eigner Person solo animo geübte Besitz eines Grundstücks (vacua possessio absentium) nicht schon durch dessen Occupation in Abwesenheit des Besitzers verloren geht, vielmehr erst dann verloren ist, wenn entweder der Versuch des bisherigen Besitzers, ihn zu behaupten, abgewiesen wird, oder dieser, nachdem er Kunde von der Occupation erhalten hat, einen derartigen Versuch unterläßt. Während ihm im erstern Falle das Unde vi zu Gebote stand, fehlte ihm im andern jedes possessorische Rechtsmittel: er hatte seinen Besitz animo aufgegeben.

Nun verpönt l. 7 Cod. h. t. jede außergerichtliche Bemühung des bisherigen Besitzers seinen Besitz vom thatsächlich besitzenden Occupanten zurückzugewinnen, wenn sie sich nicht jeder Gewalt, auch der Drohung mit solcher, enthält. Demnach wird in sehr vielen Fällen der bisherige Besitzer es gar nicht wagen, den Eindringling zur Herausgabe des Besitzes außergerichtlich aufzufordern. Denn ein Versuch dazu, hinter dem selbst nur der leiseste Schein einer Drohung mit Gewalt steht, wird ihm deshalb verhängnißvoll, weil der weichende Occupant jetzt seinerseits als dejicirt gilt; ein Versuch dagegen, der ängstlich jeden Schein der Drohung meidet, m. a. W. sich

76) S. oben §. 1848 Ziffer 7 S. 50 f.

auf eine höfliche Aufforderung zur Räumung beschränkt, bietet einerseits geringe Aussicht auf Erfolg, und setzt anderseits den bisherigen Besitzer leicht der Gefahr der Mißhandlung aus.

Somit war also auf dem damaligen Rechtsboden dem bisherigen Besitzer zur Wiedererlangung des Besitzes in der That kein anderes sicheres Mittel geblieben, als die rei vindicatio. Ohne Nachweis seines Eigenthums ist er nicht einmal in der Lage, willkürliche Umgestaltung seines Grundstücks dem Eindringlinge wirksam zu verbieten: denn dieser ist eben juristischer Besitzer und hat als solcher das interdictum Quod vi aut clam wegen der ihm vom Nichtbesitzer verbotenen opera in solo facta nur dann zu besorgen, wenn dieser Eigenthümer ist.

Hiermit erhält ihr richtiges Licht l. 11 Cod. h. t. *Justinianus* Johanni P.P. 532:

Cum quaerebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec Unde vi interdictum nec Quod vi aut clam[77]) vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione

77) In diesen Worten liegt m. E. der unmittelbare Beweis dafür, daß der Besitzer eines Grundstücks als solcher dem Quod vi aut clam nicht unterliegt, wenn er das Verbot des Nichtbesitzers unbeachtet läßt, es müßte denn Letzterer sein Eigenthum darthun.

contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus. ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. §. 1: Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, cum talis dispositio in furti actione iam dudum veteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur. §. 2: His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula.

Justinian befreit durch dieses Gesetz den Besitzer eines solo animo in eigner Person besessenen Grundstücks aus der peinlichen Lage, in welche ihn l. 7 Cod. h. t. gegenüber einer in seiner Abwesenheit erfolgten Occupation gesetzt hatte. Auch ohne den bedenklichen Versuch der Selbsthülfe wird fortan der frühere Besitzer possessorisch geschützt, nämlich mit dem Unde vi[78]).

Justinians Bemerkung, daß der Eindringling, sofern er den Besitz behält, mit dieser Klage volle 30 Jahre haftet, wäre kaum erforderlich gewesen, galt doch von jeher die Beschränkung des Unde vi auf Ein Jahr gegenüber dem fortdauernden Besitze des Dejicienten nicht.

---

78) S. oben §. 1850 Ziffer 9 zu N. 13 ff. S. 428 f.

Im Endergebnisse theile ich also in Beziehung auf l. 11 cit. die Ansicht v. Jherings, Besitzesschutz S. 120 ff., allerdings mit der Beschränkung, daß ich unter vacua possessio absentium ausschließlich den vom Besitzer selbst solo animo geübten Besitz verstehe, während v. Jhering wenigstens im Beginne seiner Ausführung S. 120 auch an den Fall denkt, „daß die Pächter oder Sklaven sich entfernt haben." Die entscheidende Einwirkung der l. 7 Cod. h. t. übrigens hat v. Jhering nicht beachtet.

11. Zum Schlusse ist noch eine Stelle zu erörtern, nach der v. Ihering[79]) das Unde vi gewährt bei Verlust des Besitzes durch Untreue des Stellvertreters.

L. 12 pr. Cod. de adq. et ret. poss. 7, 32. 531—532: Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei eam[80]) dereliquerit vel alii proderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae condicionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem neglegenter vel dolose versatus est.

Wie Justinian selbst mittheilt, wollte er eine noch nicht ausgetragene Streitfrage der classischen Juristen entscheiden. Diese Frage ging dahin, ob der durch einen Detentor geübte Besitz eines Grundstücks schon verloren sei, sobald der Detentor in der Absicht, die Detention für immer aufzugeben, das Grundstück verlassen habe, — oder erst in einem spätern Augenblicke. Die Sabinianer scheinen das Erstere angenommen zu haben. So ist es uns bezeugt von Africanus (lib. 7. quaest.) in l. 40 §. 1 D. de a. p. 41, 2:

---

79) A. a. O. S. 114 ff. Vgl. dazu die gründliche Widerlegung bei Bruns, Besitzklagen S. 109—120.

Wegen der bei v. Ihering für seine Ansicht angezogenen l. 5 Cod. de adq. et ret. poss. 7, 32 s. oben §. 1850 Ziffer 19 N. 62 S. 538 und wegen l. 6 §. 1 Cod. h. t. (l. 2 i. f. Cod. Th. 4, 22) s. oben Ziffer 4 S. 678 ff.

80) eam *del.*

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset[81]). propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur[82]): quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

und arg. a contrario von Pomponius in l. 31 eod. (lib. 32. ad Sab.):

Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet.

Umgekehrt lehrte Proculus, es dauere der Besitz fort, ungeachtet der Detentor fortgegangen sei in der Absicht, die Detention aufzugeben.

L. 31 D. de dol. m. 4, 3 (Procul. lib. 2. epist.): Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit, si quid damni mihi accesserit.

Und ebenso dauert nach Paulus trotz Tod oder Abzug des Detentors der Besitz animo fort.

L. 3 §. 8 i. f. D. de a. p. 41, 2 (Paul. 54. ad ed.): — quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.

Freilich äußern sich die beiden letztgenannten Juristen darüber nicht, bis zu welchem Augenblicke der Besitz hier

---

81) Hier sind einige Worte ausgefallen, etwa: quid iuris sit, videamus M.

82) continuaretur die älteren Vulgathandschriften.

fortdauere. Es kann jedoch kaum zweifelhaft sein, daß er nach ihrer Ansicht so lange fortdauert, bis er entweder animo aufgegeben wird, oder corpore verloren geht, also namentlich durch Occupation seitens eines Dritten[83]).

Diese Frage nun entscheidet l. 11 cit. dahin, daß der Besitz fortdauere (nihil penitus domino praeiudicium generetur), obgleich der Detentor abgezogen sei, und zwar ohne Unterschied, ob der Detentor einfach den Besitz habe aufgeben oder ihn einem Dritten preisgeben wollen, sei es aus Trägheit, sei es böslich. M. a. W. Justinian billigt die Ansicht des Proculus, und es sind wohl nur aus Versehen Zeugnisse für die abweichende Ansicht der Sabinianer in die Pandekten aufgenommen.

Ganz und gar nicht dagegen handelte es sich darum, ob der frühere Besitzer ein possessorisches Rechtsmittel bekomme, wenn infolge der Treulosigkeit seines Detentors ein Dritter den Besitz occupirt habe. Hierüber bestand keine Streitfrage; es verstand sich von selbst, daß das Unde vi unstatthaft war, da keinerlei gewaltsame Aenderung des Besitzstandes vorlag.

12. Als Ergebniß unsrer Untersuchung stellt sich somit folgendes heraus.

83) Vgl. l. 44 §. 2 eod. (Papinian. lib. 23. quaest.): Quibus explicitis cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo digressi fuissemus, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. Nach dem Zusammenhange der Stelle kann der letzte Satz nur sagen wollen, daß der durch einen Detentor geübte Besitz nicht aufhöre, wenn der Detentor ihn aufgiebt, sondern erst dann, wenn ein Dritter ihn occupirt. Bruns, Besitzklagen S. 114.

Die materiellen Grundsätze des classischen Unde vi haben eine Erweiterung erlitten, insofern die actio ex causa interdicti auch stattfindet

1) gegenüber der Abnöthigung des Besitzes durch processordnungswidrige Berufung auf ein kaiserliches Rescript oder einen gerichtlichen Zwischenbescheid[84])

und

2) gegenüber der Occupation eines vom Besitzer selbst solo animo geübten Besitzes[85]).

Außerdem ist auch gegenüber der Klage wegen vis non armata die exceptio vitiosae possessionis unstatthaft.

§. 6 init. J. de interd. 4, 15:

Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum Unde vi, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet ab eo, qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possidebat.

Und da der Eigenthümer durch Dejection des Besitzers stets sein Eigenthum verwirkt, so ist auch gegenüber der Klage wegen vis non armata die Berufung des Dejicienten auf sein Eigenthum ausgeschlossen, wie umgekehrt kein wegen Dejection zur Herausgabe des Besitzes Verurtheilter die Rückgabe des Besitzes mit der nachfolgenden Eigenthumsklage zu erlangen vermag[86]).

---

84) S. oben Ziffer 4.

85) S. oben Ziffer 10.

86) S. oben Ziffer 5.

Bemerkenswerth ist es, daß im Abendlande die exceptio vitiosae possessionis gegenüber der Klage ex causa interdicti Unde vi unterschiedslos, also auch bei vis armata, zugelassen, auch die Eigenthumsfrage vorbehalten blieb, während die Klage stets annal war. Die lex Romana Visigothorum hat ohne Beschränkung aufgenommen Paul. V,

Endlich ist auch der Unterschied zwischen der Klage wegen vis armata und derjenigen wegen vis non armata verschwunden, daß lediglich die letztere auf einen annus utilis beschränkt ist: Justinians Compilation giebt jener zeitlichen Beschränkung durchweg statt.

13. Schließlich sind noch drei Gesetze der spätern Kaiserzeit zu erwähnen, welche processualische Aenderungen hinsichtlich der Besitzklagen getroffen haben.

Zunächst hat eine Constitution der Kaiser Valentinian I. und Valens v. J. 366 für die Klagen wegen Besitzstörung, also sowohl ex causa interdicti Unde vi. als ex causa interdicti retinendae possessionis, das forum rei sitae als elective eingeführt.

6, 7: Qui vi aut clam aut precario possedit, ab adversario impune deicitur; und das Edictum Theodorici c. 76 sagt: Illi res occupata per violentiam intra annum momenti iure, salva proprietatis causa, reddetur, qui eandem rem, quam alterius praesumtione perdidit, nec violenter nec abscondite nec precario possidet. Ja, noch der Brachylogus IV, 28, 2 sq. trägt dies als geltendes Recht vor: restitutorium est veluti interdictum Unde vi, quod competit ei, qui de possessione eiectus est, cum nec vi nec clam nec precario ab adversario possidebat. §. 3: Restituendae possessionis causa comparatum est interdictum Unde vi, quod ei competit, qui de possessione vi expulsus est, intra annum utilem etc.; in hoc interdicto nihil aliud quaeritur, nisi si possessor, qui vi expulsus est, ab eo, qui expulit, neque vi neque clam neque precario possidebat. Vgl. Fitting, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1. S. 442 f. Max Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter S. 562 N. 3 a. E. erklärt die Darstellung des Brachylogus lieber aus der Benutzung eines falschen Institutionentextes (J. 4. 15, 6), als aus derjenigen des Breviars (Paul. V, 6, 7.

L. un. Cod. ubi de possessione 3, 16:

Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit iudicare[87]).

Sodann hat ein Gesetz der Kaiser Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius v. J. 386 der Appellation gegen eine Entscheidung über den Besitz als solchen den Suspensiveffect entzogen, indem es zugleich vorschreibt, daß in der Besitzklage die Eigenthumsfrage unberührt bleiben soll.

L. un. Cod. Theod. si de momento 11, 37 = l. un. Cod. Just. si de momentaria poss. 7, 69:

Cum de possessione et[88]) momento causa dicitur[89]), et si appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum, atque ita demum ad nostram scientiam referatur[90]). Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur[91]).

---

87) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1833 Ziffer 2 N. 36 S. 18 und Thl. 2 §. 1840 Ziffer 123 zu N. 71b S. 455.

88) et eius Cod. Just.

89) dicatur Cod. J.

90) atque — referatur ist im Cod. J. ausgelassen.

91) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 122 S. 436 ff. Dort ist auch gezeigt, daß die bei Symmachus relatio 28 (epist. X, 41 oder X, 48) v. J. 384 §. 8 erwähnte Constitution keineswegs von einer allgemeinen Ermächtigung spricht, mit der Entscheidung über den Besitz die Entscheidung über das Eigenthum zu verbinden, vielmehr nur von der Ermächtigung, bei der Entscheidung über den Besitz von Nachlaßstücken (quotiens de possessione successionis iudicant) zugleich darüber zu entscheiden, ob derjenige, der den Besitz ergriffen hat, als Erbe oder Vermächtnißnehmer dazu berechtigt war.

Endlich hat Kaiser Zeno zur Klarlegung des Schadens, der anläßlich einer gerichtlich festgestellten Dejection durch Verschleppen, Wegnehmen, Zerstören von Sachen angeblich eingetreten ist, in Ermangelung anderer Beweismittel dem Beschädigten das iuramentum in litem gestattet, jedoch nur innerhalb eines Werthbetrages, den der Richter gemäß den Umständen vor der Eidesleistung zu bestimmen hat.

L. 9 Cod. h. t. v. J. 477:

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, dein super rebus abreptis vel invasis vel damno tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit qui vim sustinuit quae perdidit singula comprobare, taxatione ab iudice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet nec ei liceat ultra taxationem ab iudice factam iurare: et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet.

§. 1855.

2. Spätere Entwickelung der interdicta retinendae possessionis.

1. Sehr wesentlichen Einfluß auf die prohibitorischen Interdicte würde der Untergang des ordo iudiciorum privatorum gehabt haben, wenn es richtig wäre, daß die an deren Stelle getretenen actiones extraordinariae nicht mehr, wie jene Interdicte, auf ein Verbot abgezielt hätten, sondern auf Schadenserſatz wegen Verletzung des edictmäßigen Verbotes, das nunmehr unmittelbar wirksam gewesen wäre. Allein diese Ansicht ist irrig, wie wir in der allgemeinen Darstellung des Rechtes der Interdicte gesehen haben: die Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes bezweckte zunächst, den Beklagten zur Leistung einer Caution für den Fall des Zuwiderhandelns zu

veranlaſſen, und ging beim Ausbleiben dieſer Caution auf die Verurtheilung in die durch iusiurandum in litem des Klägers feſtgeſtellte litis aestimatio[1]).

Dies gilt auch für die interdicta retinendae possessionis.

Es iſt uns nun genugſam bezeugt, daß dieſe Interdicte, oder vielmehr die ſie erſetzenden Klagen, noch bei Juſtinian doppelſeitig waren[2]). Dies iſt nun ſo zu verſtehen, daß die Klagbitte dahin ging, der Richter möge derjenigen Partei, bei welcher er die Vorausſetzungen dafür als erwieſen anſehen werde, unbedingt verbieten, was früher durch das Interdict gleichmäßig einer jeden Partei für den Fall des Vorhandenſeins jener Vorausſetzungen verboten worden war. So blieb dem Gegner, wie ſonſt, die Möglichkeit offen, ohne Widerklage die Verurtheilung des Klägers zu bewirken[3]).

Die Durchführung der Doppelſtellung beider Parteien hatte ſich jetzt erheblich einfacher geſtaltet, als ſie im alten Interdictenproceſſe geweſen war. So wenig bei den Klagen ex causa der interdicta prohibitoria simplicia die Behauptung einer vis adversus edictum facta zur Vorausſetzung der richterlichen Entſcheidung gehörte, ſo wenig war eine ſolche Behauptung erforderlich bei den Klagen ex causa doppelſeitiger Interdicte, alſo auch der interdicta retinendae possessionis. Vielmehr rechtfertigte bei beiden Interdictenclaſſen die begründete Beſorgniß vor einer Verletzung des hinter dem Interdicte ſtehenden edictsmäßigen Verbotes die Bitte um richterliche Ent-

1) S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 124 S. 465 ff.

2) §. 7 J. de interd. 4, 15. l. 3 §. 1 D. uti poss. 43, 17. l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44, 7. l. 1 §. 2 D. de superf. 43, 18.

3) S. Thl. 2 dieſer Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 125 S. 483 f.

ſcheidung. Demnach brauchte zwecks der Doppelſeitigkeit des Verfahrens z. B. aus dem Uti possidetis kein Theil ſeinen Beſitzanſpruch erſt durch eine Handlung zu bethätigen, welche der Gegner als eine vis adversus edictum facta bezeichnen konnte; die gerichtliche Entſcheidung wider jede einzelne Partei erſchien genügend dadurch begründet, daß dieſelbe vor Gericht behauptet hatte, der andern gegenüber fehlerfreier Beſitzer zu ſein, dieſe Behauptung jedoch nicht erwies: ſchon in dieſer Behauptung lag die Bedrohung des, die gleiche Behauptung erweiſenden, Gegners mit Störung in ſeinem Beſitze[4]).

Wie bei den Klagen ex causa einfacher prohibitoriſcher Interdicte die Sponſionen verſchwunden ſind, ſo ſind bei Klagen ex causa der interdicta retinendae possessionis die Doppelſponſionen verſchwunden; verſchwunden iſt ferner die fructus licitatio[5]).

Behauptet nun der Beklagte ſeinerſeits, dem Kläger gegenüber fehlerfreier Beſitzer zu ſein, ſo dreht ſich der Streit zwar um die Frage, wem von beiden der Beſitz zuſtehe, iſt jedoch keineswegs ein bloßes praeiudicium. Denn auf jeden Fall wird der Unterliegende angehalten, cautio de non amplius turbando zu machen, und, je nachdem er dies thut oder nicht thut, freigeſprochen oder auf das Geldintereſſe des Siegers verurtheilt. Und ſofern der Unterliegende nach Erhebung der Klage etwas gethan hat, was nunmehr als Störung des Gegners im Beſitze erſcheint, ſo wird er deswegen zugleich zum Schadenserſatze verurtheilt[6]).

2. Als ſchutzwürdig gilt bei der Klage ex causa das Uti possidetis wie von jeher von beiden Beſitzprätен-

4) S. daſ. S. 484.
5) Daſ. S. 484 ff.
6) Daſ. S. 486.

denten der thatsächliche Besitzer, sofern er fehlerfrei dem Gegner gegenüber besitzt, andernfalls die nicht besitzende Partei, welcher der thatsächliche Besitzer den Besitz vitio entzogen hat.

Die thatsächlich nicht besitzende Partei konnte im classischen Rechte das Uti possidetis gegen den vitio a se possidens ohne jede zeitliche Beschränkung so lange auswirken, als dieser den Besitz behielt: in der Fortdauer der vitiosa possessio liegt eine fortdauernde edictswidrige Behinderung des frühern Besitzers im Besitze[7]). In der Compilation sind nun die Worte des Edicts, welche ursprünglich die zeitliche Beschränkung der sponsio und des agere ex interdicto reddito vorgeschrieben hatten, auf die Klage ex causa interdicti selbst bezogen. Allein dies darf nicht von deren recuperatorischer Function verstanden werden. Da nämlich diese nicht mehr durch die Vermittelung der fructus licitatio und das daran geknüpfte Verfahren sich vollzieht, sondern unmittelbar durch Verurtheilung des vitio ab adversario possidens zur Herausgabe des Besitzes an den Letztern gemäß seiner Klagbitte, so muß der Satz:

> Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum —

auch für sie gelten, denn unzweifelhaft ist der vitio besitzende Gegner, so lange er besitzt, durch und um diesen Besitz bereichert. Selbstverständlich aber unterliegt die Klage in ihrer recuperatorischen Function der 30jährigen Klagverjährung.

Bedeutung hat die zeitliche Beschränkung der actio ex causa des Interdicts, soweit diese Klage auf Be-

---

7) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837[b] Ziffer 80 S. 522 f. Thl. 2 §. 1840 Ziffer 125 S. 486.

seitigung einer den Besitz des Klägers störenden Aenderung geht, welche der Gegner am Grundstücke des Klägers veranlaßt hat[8]).

Macht der Beklagte aus irgend einem Grunde keinen Gebrauch von der ihm durch den Inhalt der Klagbitte eröffneten Befugniß, ohne Widerklage selbst Anspruch auf den Besitz zu erheben, so wird der Proceß nicht zum iudicium duplex. Indessen bedarf es nicht erst der Erhebung einer neuen Klage ex causa des geeigneten interdictum secundarium; vielmehr beschränkt infolge des beklagtischen Verzichts auf den Besitzanspruch die Klagbitte sich ohne weiteres auf die im gegebenen Falle gewiesene Verurtheilung des Beklagten. Selbstverständlich kommt auch für diesen Fall das zur Anwendung, was soeben über die 30jährige Verjährung der recuperatorischen Function der Klage gesagt ist und über ihre Beschränkung auf ein Jahr, soweit sie die Beseitigung einer Aenderung am klägerischen Grundstücke verfolgt.

Nicht minder versteht es sich von selbst, daß der Beklagte, der seinerseits Besitzanspruch nicht erhebt, die Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes ebenso wenig rügen darf, als er dies beim interdictum secundarium thun konnte. Es ist also gänzlich ausgeschlossen, daß gegenüber einem Beklagten, der nicht selbst den Besitz beansprucht, der Kläger deshalb, weil er von jenem vitio besitze, abgewiesen, und somit ein ewiger Krieg des Beklagten gegen den Kläger gewissermaßen sanctionirt werde[9]).

Uebrigens ist auch bei der actio ex causa interdicti Uti possidetis durch l. 7 Cod. unde vi 8, 4 die exceptio vitiosae possessionis, wie die Berufung auf sein Eigenthum für denjenigen beseitigt, der sich den Besitz mit

8) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 63 f.
9) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 125 S. 487.

Gewalt angeeignet hat, und nicht minder hat jenes Gesetz auch für den in dieser Klage unterlegenen violentus possessor die nachfolgende rei vindicatio abgeschnitten, da es ihn mit Verlust des Eigenthums bestraft.

3. Ohne Zweifel gingen auch die alten Grundsätze des Utrubi in das neue Verfahren über: konnte jede Partei sich auf einen Besitz berufen, welcher der andern gegenüber fehlerfrei war, so siegte nicht der gegenwärtige Besitzer als solcher, sondern derjenige von beiden, der im letzten Jahre vor der Klagerhebung länger als der Gegner besessen hatte; der Nichtbesitzer aber konnte den Gegner, der vitio von ihm besaß, nur innerhalb eines Jahres zur Herausgabe des Besitzes zwingen. So bezeugt es als geltendes Recht ein Reskript Diocletians v. J. 293.

Val. fragm. §. 293 med.:

— rerum autem mobilium sive moventium, si excepti [scil. legis Cinciae] non fuistis, quae mancipi sunt, usucapta vel mancipata, post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa, avocari non possunt: nec mancipi vero traditione facta propter eiusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est etc.

Ebenso müssen es noch die Verfasser der lex Romana Visigothorum angesehen haben, da sie aus den receptae sententiae des Paulus die Darstellung des classischen Utrubi aufnahmen[10]).

Nichts zu entnehmen ist in fraglicher Hinsicht der l. un. Cod. Th. utrubi 4, 23.

Arcadius et *Honorius* 400:

Si coloni, quos bona fide quis possedit, ad alios fugae vitio transeuntes, necessitatem condicionis propriae declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, tunc causam

10) Paul. V, 6, 1 (oben S. 570).

originis et proprietatis agitari, non exspectatis temporibus nec denuntiatione solenni, quae locum in his negotiis non habebunt.

In Juſtinians Compilation dagegen ſind die Vorausſetzungen für das Utrubi denjenigen des Uti possidetis gleichgeſtellt.

L. un. §. 1 D. utrubi 43, 31:

(*Ulp.* lib. 72. ad ed.) Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet: sed obtinuit vim eius exaequatam fuisse Uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.

§. 4ª i. f. J. de interd. 4, 15:

— Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possidebat. hodie tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti potestas quantum ad possessionem pertinet, exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.

Entſprechend ſagt die griechiſche Paraphraſe dieſer Stelle:

Ἀλλὰ ταῦτα πάντα τὸ παλαιόν· σήμερον δὲ ἑτέρως ταῦτα παραφυλάττεται, οὐδεμιᾶς διαφορᾶς ἐπὶ τῇ ἐξετάσει τῆς νομῆς τῶν ἰντερδίκτων φυλαττομένης.

Es leuchtet gegenüber Paul. V, 6, 1 und Vat. fragm. §. 293 unmittelbar ein, daß l. un. §. 1 D. utrubi 43, 31 interpolirt iſt. Anderſeits iſt es, wie Bruns[11]) ſcharfſinnig ausgeführt hat, nicht wahrſcheinlich, daß Juſtinian ſelbſt erſt die Aenderung gemacht

11) Beſitzklagen S. 174f. S. Schrader in deſſen Inſtitutionenausgabe zu §. 4 J. de interd. ad v. hodie; Fitting, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 11 S. 441f. N. 10.

habe: sie ist zu tiefgreifend, als daß er es seiner Commission überlassen haben sollte, sie durch Interpolation zu bewirken; und ein besonderes Gesetz darüber ist nicht da. Sie muß daher schon vorher in der Praxis üblich gewesen sein, wie darauf auch die Ausdrücke in den angeführten Stellen deuten: sed obtinuit, vim eius exaequatam fuisse Uti possidetis interdicto, — hodie tamen aliter observatur, — *σήμερον δὲ ἑτέρως ταῦτα παραφυλάττεται* —; bei einer neuen Anordnung Justinians hätte man so nicht sprechen können.

Den Grund dieser Aenderung kennen wir nicht. Da sie indessen, wie wir gesehen haben, keineswegs unmittelbar an den Untergang des alten Interdictenverfahrens sich angeschlossen hat, so ist schwerlich anzunehmen, daß sie durch ihn veranlaßt worden sei.

Kaum wahrscheinlicher ist es, daß jener Grund in sachlichen Erwägungen des Gegensatzes zwischen Uti possidetis und Utrubi liege. So meint Bruns[12]), die Aenderung des Utrubi habe sich deswegen empfohlen, weil das alte Interdict wegen seiner Zulassung gegen dritte, selbst gutgläubige, Besitzer geradezu eine Art dinglichen Charakters bekommen habe, der zu der ganzen römischen Auffassung des Besitzes in der Behandlung der übrigen Besitzklagen nicht eigentlich paßte. M. E. ist dies eine Betrachtung, deren vielleicht die classischen Juristen fähig gewesen wären, sicherlich aber nicht die unwissenschaftlichen Praktiker der spätrömischen Zeit. Hat jedoch die Blüthezeit der römischen Jurisprudenz am Charakter des Utrubi durchaus keinen Anstoß genommen, so werden sich die Epigonen daran schwerlich geärgert haben.

Eine eigenthümliche Beleuchtung erhält die Unterordnung des Utrubi unter die Grundsätze des Uti possidetis in der Compilation durch die nicht genügend beachtete

12) Besitzklagen S. 175 ff.

Thatsache, daß im Westreiche umgekehrt das Uti possidetis den Grundsätzen des Utrubi unterworfen worden ist[13]). Diese Thatsache stellt sich dar in der ohne Zweifel von den Verfassern der lex Romana Visigothorum herrührenden[14]) Interpretatio ad Paul. V, 6, 1:

Interdicta dicuntur quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est a iudice momentum priori reddere possessori: id est, ut si quis possidens intra anni spatium, quod amisisse videtur, praesentibus litigatoribus iudice ordinante recipiat et postmodum, si voluerit, tam de vi quam de rei proprietate confligat. Nam si talis casus emerserit, ut adventiciam quolibet titulo rem novus possessor adeat et eam maiore parte anni, id est plus quam sex mensibus, teneat, et ab alio haec res, quam tenuit, auferatur, et ille, qui abstulit, quatuor aut quinque mensibus teneat, si intra ipsum annum de momento fuerit actum, priori possessori, qui maiore parte anni possedit, res a iudice partibus praesentibus merito reformatur, ita ut de negotii qualitate partes sequenti actione confligant. Sin vero qui abstulit maiore parte anni possedit ante iudicium, momenti beneficium reddere non compellitur.

Und das ist die Erläuterung einer Stelle, worin Paulus den Gegensatz des classischen Uti possidetis zum classischen Utrubi vorträgt!

Daß hierin aber wirklich das Recht dargestellt wird, das im Anfange des 6. Jahrhunderts im Abendlande galt, findet seine Bestätigung im Brachylogus, welcher im mittlern Frankreich gegen die Mitte des 12. Jahrhunderts entstanden ist[15]). Hier heißt es IV, 28, 3:

13) Nachgewiesen von Fitting, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 11 S. 441 f.

14) Fitting a. a. O. S. 231.

15) Max Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur u. s. w. S. 573 ff.

Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta Uti possidetis et Utrubi, quae tunc dantur, cum uterque se possidere contendunt: per quod inquiritur, quis maiore parte eius anni nec clam nec vi aut precario ab adversario possederit.

Hiernach scheint die eine wie die andre, jener geradezu entgegengesetzte, Entwickelung nicht sowohl auf sachlichen Gründen zu beruhen, als vielmehr lediglich auf dem Bestreben, beide Interdicte einander völlig gleich zu machen[16]).

Die Umgestaltung des Utrubi im Ostreiche hat das Interdict ziemlich bedeutungslos gemacht. Wie wir gesehen haben[17]), hat es niemals gedient zur Abwehr einer Störung, die nicht auf Besitzesentziehung hinausläuft; jetzt nun ist seine recuperatorische Function beschränkt auf den Fall, wo der Beklagte vitio vom Kläger besitzt; sie versagt aber, sobald der Gegner den Besitz verliert. So begreift es sich, daß das Utrubi im Pandektentitel 43, 31 als rein akademischer Rechtsbehelf erscheint, während es noch am Ende der classischen Zeit häufig angewandt worden war, — ein, wie mir scheint, zwingender Beweis dafür, daß seine Umgestaltung nicht aus einer reifen Ueberlegung hervorgegangen sein kann.

Die Aufgabe, die es etwa noch erfüllen könnte, wird beim Besitzverluste durch Gewalt oder Diebstahl weit

16) Es liegt also ein Seitenstück vor zu der Gleichstellung des interdictum de vi armata mit dem interdictum de vi non armata: im Abendlande ist trotz der in Trier erlassenen l. 3 Cod. Th. unde vi 4, 22 die exceptio vitiosae possessionis sogar gegenüber der vis armata gewährt, im Ostreiche diese Einrede auch gegenüber der vis non armata ausgeschlossen worden; gemeinsam beiden Entwickelungsgängen ist nur die allgemeine Zulassung der exceptio annalis. S. oben §. 1854 S. 697 f. N. 86.

17) Oben §. 1851 Ziffer 7 a. E. S. 613 f.

ſicherer durch die condictio possessionis erfüllt, weil dieſe ganz unabhängig vom fortdauernden Beſitze des Gegners iſt; gegenüber dem Precariſten aber hat das interdictum de precario wie die mit dieſem concurrirende condictio possessionis wenigſtens den Vorzug vor dem Utrubi, daß ſie fortdauern, wenn jener dolo oder culpa lata den Beſitz verloren hat.

Anderſeits jedoch bietet das Utrubi ſelbſt in ſeiner jüngſten Geſtalt vor der condictio possessionis den Vortheil, daß es auch gegen denjenigen geht, der den Beſitz der früher vom Kläger beſeſſenen Sache zwar aus dritter Hand sine vitio, aber jenem gegenüber in ſchlechtem Glauben erworben hat: gilt er doch gegenüber dem Kläger als clandestinus possessor[18]).

Ein weiterer Vorzug des Utrubi lag noch immer darin, daß ihm die Exhibition des Streitgegenſtandes in iure vorangehen mußte[19]). Dadurch wurde der Klagberechtigte in die willkommene Lage geſetzt, die exhibirte Sache ohne weiteres an ſich zu nehmen, wenn der Gegner ſeinerſeits ihretwegen einen Beſitzanſpruch nicht erhob.

18) S. oben §. 1851 Ziffer 3 S. 576 f.
19) S. daſ. Ziffer 5 S. 603 f.

Quellenverzeichniß.

(Die größere arabische Ziffer bezeichnet die Seite, die kleinere die Note; ein vorgesetztes †, daß die Stelle ganz oder theilweis abgedruckt ist.)

Agennus Urbicus (Gromatici veteres ed. Lachmann)

p. 16 v. 12 † 675_{32}

Appianus bell. civ.

I, 10 624_{22}

Basilica

L, 2, 12 † 589_{44} † 591_{52}
—, 3, 31 † 44_{37}
LVIII, 17, 3 † 468_{51}
LX, 17, 7 Scholion 7 ad §. 3, 10_{12}
§. 13 † 80_{74}
Schol. 19 ad h. l. † 80_{74}
§. 15 † 89_{84}
Schol. 25 ad h. l. † 89_{84}
— 38 ad §. 25 † $59_{40}{}^{a}$
— 41 ad §. 27 † 98_{7}
— 45 ad §. 29 † 40_{31} † 40_{32}
§. 45 $36_{28}{}^{a}$
Schol. 78 ad h. l. $36_{28}{}^{a}$

Brachylogus

IV, 28, 2 † 698_{86} † 708f.
—, —, 3 † 698_{86}

Bruns fontes iuris Romani antiqui (ed. VI.)

Mancipationes Nri. 105. 107. 111. 112. 114. $534_{50}{}^{b}$

Bürgerliches Gesetzbuch.

§. 158 Abs. 2 354_{46}
— 159 $354_{46}{}^{a}{}_{49}$
— 163 354_{47}
— 276 Abs. 1 355_{51}
§. 547 Abs. 2 356_{54}
— 601 Abs. 1 355_{52}
— — — 2 $356_{53.54}$
— 604 Abs. 3 355_{50}
— 683—§. 685 Abs. 1 356_{53}
— 868 356_{56}
— 1029 Abs. 2 356
— 1090 Abs. 2 356
— 1092 Satz 2 357_{58}

Caesar de bello Gall.

5, 53, 2 † 28_{21E}

Cassiodorus variarum

4, 39 † 666_{9}
—, 44 † 666_{9}
7, 8 † 666f.$_{9}$

Cicero

Brut. 79, 275 † 144f.$_{20}$
pro Caec.
1, 2 387_{39} 388_{39} † 643 643_{59}
2, 4 169_{71}
— 6 † 127_{40} 169_{71} 181_{93}
— 7 † 127_{40} 181_{93}
3, 8 † 127_{40} 181_{93} 387_{39} 389_{39}
— 9 † 180_{90}
4, 9 127_{40} 169_{71} 181_{93}
— 10 sq. 164_{49}
— 12 164_{52}
5, 13—6, 16 164_{53}
6, 17 165_{53b}
7, 18 165_{54}
— 19 $153_{33}{}^{a}$ $165_{53}{}^{a.}{}_{55}$ bis $_{56}$ † 168_{67} † 173f.$_{78}$
7, 20 $166_{59.60}$ 387_{39} 389_{39} † 642f.$_{58}$
— 21 166_{60}

8, 21 sq. 167$_{62}$
— 22 643$_{59}$
— 23 † 155 167$_{64}$ 184 184$_{98}$ † 185$_{4}$
9, 23 sq. 139$_{4.\ 5}$
— 24 8$_{8}$ 154$_{32}$^{c} 167$_{65}$
10, 26 167$_{63}$
— 27 164$_{58}$^{a} 643$_{59}$
11, 31 166$_{59}$
— 32 643$_{59}$
— 33 387$_{39}$ 388$_{39}$ 643$_{59}$
12, 35 † 73 f. 170$_{72}$
13, 36 † 139$_{6}$
— 37 † 139$_{6}$ † 140 † 144
— 38 † 8$_{8}$ 139$_{4.\ 5}$
— 39 † 8$_{8}$
14, 39 † 8$_{8}$
— 41 138$_{3}$ 387$_{39}$ 388$_{39}$
15, 42 † 138$_{3}$
— 43 † 138$_{3}$
— 44 † 138$_{3}$
16, 45 † 38$_{29}$ † 138 f.$_{3}$ 387$_{39}$ 388$_{39}$ † 390 396 632 643$_{59}$
— 46 † 139$_{3}$
— 47 † 139$_{3}$ † 139$_{6}$
17, 48 † 8$_{8}$ † 139$_{3}$
— 49 † 38 † 139$_{3}$ † 139$_{6}$ † 139$_{6}$ † 140$_{10}$
— 50 139$_{6}$
19, 55 † 76$_{72}$ † 91$_{88}$
— 56 † 91$_{88}$
20, 56 † 76 91$_{88}$ bis
— 57 † 76 f. 91$_{88}$
— 58 † 77 91$_{88}$ 92$_{92}$^{a}
21, 59 † 139$_{4}$ † 148 f.
— 60 139$_{5}$ † 150$_{30}$ 151$_{31}$
— 61 † 150$_{30}$
22, 62 151$_{31}$ † 152$_{33}$
— 63 † 152 f.$_{33}$ † 155 184$_{98}$
23, 64 † 139$_{6}$ 151$_{31}$
— 66 † 8$_{8}$
28, 79 171$_{72}$
— 80 167$_{65}$ † 171$_{72}$
29, 82 167$_{65}$
— 83 † 145$_{23}$
— 84 C. 167$_{65}$
30, 88 † 5 116 † 139$_{6}$ † $_{7}$ 147$_{27}$
31, 91 † 5 17$_{20}$^{a}
32, 92 † 5 17$_{20}$^{a} † 154 f.
— 92 sq. 168$_{66}$
— 93 † 155 632$_{39}$
— 94 153$_{33}$^{b} † 168$_{67}$
— 95—34 100 165$_{54}$ 165$_{57}$ † 173$_{78}$ 389$_{39}$ 643$_{59}$
ad div.
VI, 5—9 179$_{67}$^{a}
VII, 13, 2 156$_{35}$ † 182 f. 185$_{5}$ 188$_{10}$ 368$_{22}$
XIII, 66 179$_{67}$^{a}
XV, 16, 3 † 115$_{26}$ † 154
de lege agr. III, 3, 11 † 4 7$_{6}$ 55$_{4.}$ 66 70 † 619 622
—, 12 622 † 622 f.$_{18}$
pro Mur.
12, 26 389$_{39}$ 603$_{74}$ 640$_{57}$
13, 28 † 144$_{20}$
Orat. 29, 101 sq. 179$_{67}$^{a}
de orat. I, 10, 41 † 633 f.$_{43}$ 640$_{57}$
pro Quint.
6, 27 175$_{81}$
— 28 † 139$_{38}$ 159$_{41}$
8, 30 475$_{80}$
21, 66 175$_{81}$
27, 84 † 139$_{6}$
pro Tull.
4, 8 † 142$_{15}$d
8, 20 † 178$_{87}$ 388$_{39}$ 397 † 642$_{55}$
12, 29 sq. 5$_{5}$ 75$_{71}$
— 29 7$_{7}$ † 78 f. 78$_{72}$ 96 140$_{9}$
— 30 † 79
17, 39 † 4$_{4}$
19, 44 † 4 f. 17 78$_{72}$ bis 96 115. 140$_{11}$ † 142$_{15}$^{b} † 368$_{21}$ 632$_{39}$
— 45 † 5. 155$_{34}$ 632$_{39}$
20, 46 † 141
in Verr. act. II lib. 1, 45 115 † 645
— 116 † 647 f.$_{51}$
— 65, 152 f.$_{4}$

Civilprozeßordnung

§. 25 132$_{49}$
— 243 132$_{50}$
— 253 306$_{29}$
— 293 Abſ. 1 306$_{29}$

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum

I, 13, 1 150$_{30}$
IX, 2 † 9$_{10}$

Columella de re rustica

II, 7 † 491 f.$_{32}$^{a}

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti

VI, 10 534$_{51}$
—, 11 534$_{51}$

Dionysius Halicarn.

2, 10 267$_{75}$g
11, 36 638$_{58}$

Festus de verborum significatione

s. v. cenacula † 511$_{12}$
— patres † 265
— possessio † 358 † 618
— vindiciae † 650$_{67}$

Florus epitomae de T. Livio bellor. omn. ann. DCC libri duo (ed. O. Jahn)

II, 1 (III, 13) 624$_{22}$

Frontinus de controversiis agrorum (ed. Lachmann)

p. 44 v. 4 † 392 † 441$_{26}$
— v. 6 † 637$_{50}$

Gaius institutiones

I, 91 197$_{16}$
—, 111 197$_{15}$
—, 115^{b} 197$_{15}$
—, 119 602$_{72}{}^{a}$
—, 121 602$_{72}{}^{a}$
—, 136 197$_{15}$
II, 7 653$_{3}$
—, 24 602$_{72}{}^{a}$
—, 51 † 57$_{49}$ bis
—, 52—61 535
—, 59 268$_{75}{}^{n}$
—, 60 108$_{18}{}^{b}$ 223$_{20}{}^{b}$ † 244 270$_{77}{}^{b}$ $_{78}$ 271$_{80}$
—, 90 529$_{40}$
—, 94 529$_{40}$ 594$_{55}$
—, 98 197$_{15}$
—, 204 † 534$_{50}{}^{a}$
III, 82—84 197$_{15}$
—, 84 313$_{56}$
—, 120 345$_{23}{}^{a}$
—, 200 111$_{22}$ 112$_{22}$
—. 201 268$_{75}{}^{n}$
—, 207 108$_{18}{}^{b}$
—, 209 14$_{16}$
IV, 13 637$_{51}$
—, 14 167$_{63}{}^{a}$ 602$_{69.71}$
—, 15—17 649
—, 16 366$_{20}$ 401$_{55}$ † 635$_{46}$ † 639 f.
—, 17 603$_{73}$
—, 35 626
—, 70 626
—, 71 626
—, 91 370$_{24}$ 635$_{47}$ 649 † 649$_{66}$
—, 94 366$_{20}$ 370$_{24}$ 635$_{47}$
—, 113 317$_{70}$ 345$_{23}{}^{a}$
—, 117a 430$_{16}$
—, 122 131$_{47}$
IV, 140 † 386$_{28}$ 417$_{91}$
—, 141 391$_{41}$ 412$_{82}{}^{a}$ † 420$_{100}$
—, 143 626
—, 144 249$_{50}{}^{a}$ † 562$_{88.89}$
—, 145 sq. 585$_{37}{}^{a}$
—, 147 626
—, 148 sq. 360$_{4}{}^{c}$
—, 148 † 420 425$_{9}$ 426$_{10}$ † 443$_{29}$ 574 † 625 626 627$_{19}$
—, 150 359 361 † 384 † 570 † 570$_{9}$ 576$_{22}$ † 615$_{4}$
—, 151 † 423$_{7}$ 581$_{29}$ † 584 f. 589$_{45.46}$ 590$_{48.49}$ † 592 593 † 593 f. 596$_{59}$ 600$_{66}$
—, 152 † 577
—, 153 19$_{30}$ f. 46$_{38}{}^{b}$ † 490 525
—, 154 † 6 † 97 † 157 299$_{30}$
—, 155 † 97 † 151 † 153 † 156
—, 160 † 358. 365 † 376$_{22}$ † 384 † 567 569 569$_{5}$ 570 574
—, 163 167$_{63}{}^{a}$
—, 166 377$_{31}$ † 391$_{42}$ † 399 401 401$_{55}$ † 404 bis 404$_{64}$ bis 417$_{90}$ † 420$_{100}$ † 435 † 443$_{29}$ 456$_{29}$
—, 166^{a} 359$_{4}{}^{a}$ 361 † 384 399$_{52}$ † 404 405 † 407$_{73}$ † 408 f. † 410$_{80}$ † 421 † 434 636$_{49}{}^{b}$
—, 167 399$_{52}$ † 407$_{73}$ † $_{74}$ † 407 f.$_{75}$ 409 416$_{88}$ 420 † 434
—, 168 399$_{52}$ † 409 416$_{88}$ 420
—, 169 399$_{52}$ 402$_{57}$ † 409 f. 626
—, 170 401$_{56}$ 402$_{58}$ † 414 † 414$_{23}$ † 415 † 415$_{86}$ † 441 f. 626. 636$_{49}{}^{b}$
—, 171 † 406$_{68}$
—, 186 406$_{70}$

Gai epitome

I, 2, 1 260$_{68}$
—, 2, 2 260$_{68}$
—, 2, 3 260$_{68}$
—, 2, 4 260$_{68}$
—, 4, 9 260$_{68}$
—, 5, 2 260$_{68}$
II, 3, 1 260$_{68}$
—, 3, 6 260$_{68}$
—, 4, 3 260$_{68}$

Gellius noctes atticae

XI, 18, 12 sq. † 65$_{84}$
XX, 10, 7 sq. † 638$_{55}$

Isidorus Hispal. origines

V, 25, 17 † 206 † 266 272
—, 25, 23 268$_{75}{}^{n}$

V, 25, 25 665_{9}
—, 25, 33 † 665_{9}
XVIII, 6, 3 † 149_{29}

Gregorius I. epistolae
VII, 44 (IX, 45; IX, 91) † 665_{9}

Fragmenta de Jure Fisci
§. 8 431_{16}

Justinianus
Codex
II, 18 de N. G. l. 2 311_{47}
III, 1 de iud. l. 10 133_{55}
—, 6 qui legit. pers. l. 3 † 666_{9} 670 670_{21} 671 686
—, 16 ubi de poss. l. un. 132_{49} † 699
—, 19 ubi in rem l. 3 132_{49}
—, 32 de R. V. l. 13. 14_{17} 132_{51} 603_{75} † 604
—, 33 de usufr. l. 13 227_{24}^{a}
l. 16 §§. 2 sq. 196_{11}
—, 37 comm. div. l. 3 §. 1 399_{52}
—, 39 fin. reg.
l. 3 674 $674_{28.\ 29.\ 30}$ † 31 bis 675_{34}
l. 4 10_{11} 24 † 677
IV, 19 de prob. l. 15 401_{55}
—, 24 de pign. act. l. 3 269_{76}
—, 29 ad Sc. Vell. l. 880_{74}
—, 31 de comp. l. 14 §. 2 659_{17}
—, 49 de A. E. et V. l. 17 † 22 111_{22} 134
—, 54 de pact. i. e. et v. l. 3 † 276. 279.
—, 64 de rer. permut. l. 8 $325_{89.\ 90}$
—, 65 de loc. l. 20 103_{14}
l. 23 103_{14} 449_{31} † 449_{32} 530_{40} 538_{61}
l. 25 † 449_{32} 530_{40} bis 538_{61} 690_{75}^{a}
l. 33 684_{63} † 688 bis
V, 13 de R. U. A. toll. l. un. §. 5^{a} 321_{55}
VI, 7 de libert. et eor. lib. Tit. 197_{14}
—, 17 de Carb. ed. l. 1 401_{55}
VII, 16 de lib. c. l. 14 401_{55}
—, 26 de usuc. pro empt. l. 6 † 107_{18}^{b}
—, 32 de acq. et ret. poss.
l. 4 † 47_{38}^{b}
l. 5 538_{62} 694_{79}
l. 11 685
l. 12 pr. † 694
VII, 39 de praescr. 30 v. 40 ann. l. 2 217_{9}^{d} 279_{98}
—, 40 de ann. exc. l. 2 506_{59}^{a}
—, 43 quom. et quando l. 2 685_{66}
l. 4—10 685_{66}
l. 8 685_{67}
—, 51 de fruct. et litis exp. l. 2 651_{75}
—, 69 si de mom. Rubrica † 666_{9}
l. un. † 664_{9} † 699
VIII, 1 de interd. l. 3 132_{5} 530_{40} 626_{26}
—, 2 quor. bon. l. 3 558_{52}^{k} 562
—, 3 quod legat. l. 1 §. 1 401_{55}
—, 4 unde vi l. 1 † 99 102 662_{2}
l. 2 † 116 † 136 662_{2}
l. 3 † 114 bis 662_{2}
l. 4 † 123 f. 662_{2}
l. 5 674 † 674 f.$_{21}$ 677 683
l. 6 663_{6}
—, pr. † 675_{33} † 678_{39}
—, §. 1 678_{39} 684 694_{79}
l. 7 9 f.$_{11}$ 24 27 100_{9}^{a} 185 304_{7} 428_{14} 658 659 673 676 † 681 f. 682 688 689 bis 690 691 693—693.$_{3}$ 704
l. 8 664 666_{9} † 683 684
l. 9 † 700
l. 10 279_{98} 684_{63} † 638 f. bis
l. 11 47_{38}^{b} 64_{13}^{a} 65_{13}^{a} 71_{16}^{a} 73 $428_{13.\ 14}$ 663 † 692 f. 693_{75} 696
—, pr. † 660
—, §. 1 660_{19}^{b}
—, 5 si per vim vel alio modo
l. 1 665 † 667 f. 686 bis
—, pr. $667_{10.\ 11.\ 12.\ 13.\ 14}$ 668_{17}
—, §. 1 $668_{15.\ 16}$
l. 2 686
—, 6 uti possid. Titulus 268
l. un. 132_{51} † 360 f. 360_{4}^{c} † 636 636_{45}^{b}
—, 9 de prec. et de Salviano interd. Titulus 268 l. 2 205_{3}^{c} † 241 287_{3}^{e} 316
—, 26 etiam ob chirogr. l. 1 §. 2 401_{55}
—, 27 de distr. pign. l. 2 105_{11} † 233 272 272_{24}
—, 36 de litig. l. 5 (4) 414_{24}
—, 53 de donat. l. 9 262_{71} $325_{89.\ 90}$
l. 22 $325_{89.\ 90}$
—, 55 de don., quae sub modo
l. 2 325_{89}
IX, 12 ad leg. Jul. de vi Rubrica † 9_{10}

l. 6 673_{25}
l. 7 673_{26}
IX. 22 ad leg. Corn. de fals.
l. 9 pr. 401_{55}
XI, 47 de agric. l. 14 663_{6}
Digesta.
I, 2 de O. J. l. 2 §. 24 † 639_{56}
—, 18 de off. praes. l. 16 506_{96}
—, 21 de off. eius, cui mand. l. 1 pr. † 9_{10}
II, 3 si quis ius dic. l. un. §. 1 604_{79}
—, 8 qui satisd. l. 11 429_{16}
l. 12 429_{16}
l. 15 430_{16}
— §. 2 105_{13} † 232 f. 272 493_{84}
—, 9 si ex nox. c. l 2 §. 1 89_{85}
—, 10 de eo, per quem fact. l. 3 §. 4 406_{71}
—, 13 de ed. l. 8 pr. 336_{14}
—, 14 de pact. l. 7 §. 2 257 † 263_{74}
III, 3 de proc. l. 42 pr. 170_{72}
—, 5 de N. G. l. 3 §. 4 311_{46}
l. 5 §. 2 311_{47}
l. 14 230_{24}d † 311_{47} bis
l. 20 311_{47}
l. 36 pr. 311_{47}
IV, 2 quod met. l. 7 pr. † 679_{41}
l. 9 pr. † 37 † 39 40 40_{33} 42 bis 42_{35} 44 44_{37} † 652_{2}
l. 13 10_{11}
l. 17 85_{78}ter
l. 19 85_{78}
l. 20 † 85_{78} bis
l. 21 pr. 197_{14}
—, §. 2 652_{2} † 655_{9}
—, 3 de dolo m. l. 28 85_{78}
l. 31 † 695
—, 4 de min. l. 47 pr. 175_{81}
—, 6 quib. ex c. mai. l. 2 pr. † 506_{98}
l. 10 505_{97}
l. 15 §. 3 505_{97}
l. 19, 653_{3}
l. 21 §. 2 685_{66}
l. 23 §. 2 653_{3}
—, §. 4 † 32_{22}
l. 28 §. 4 403_{61}
l. 30 pr. 594_{56}
V, 1 de iud. l. 13 383_{36}a
l. 14 383_{36}b
l. 19 §. 2 318_{80}
l. 65 318_{80}
—, pr. 320_{82}
l. 75 685_{66}
—, 3 de H. P. l. 13 §. 12 454_{37} 537_{60}
l. 16 §. 4 429_{16}
l. 19 pr 249_{50}a 624_{22}
—, §. 2 249_{50}a 624_{22}
l. 20 §. 6 175_{81}
—, §. 11 175_{81}
V, 4 si pars hered. l. 1 §. 5 553_{85}b
l. 10 † 536 f.$_{59}$
VI, 1 de R. V. l. 5 pr. 554_{85}e
l. 9 30_{22} † 489 490 505_{96}i 555_{85}g 604_{77} † 635_{46} † $_{49}$
—, 1 l. 36 pr. 600_{78} † 634_{45}
l. 52 343_{25}
l. 76 §. 1 553_{85}c
l. 80 † 636 f.$_{49}$c
—, 2 de Publ in rem. l. 6 89_{85}
l. 13 §. 1 213_{9} † 215 321_{84}
VII, 1 de usufr. l. 12 §. 2 † 226
l. 13 §. 3 438_{24}
l. 60 pr. † 194
—, 6 si usufr. l. 3 524_{84}
VIII, 1 de serv. l. 4 pr. † 285_{3}
—, 2 de S. Pr. U. l. 32 pr. † 228
l. 35 326_{94}
—, 4 comm. l. 17 † 200 † 228 235
—, 5 si serv. l. 6 §. 1 † 551_{83}
l. 8 §. 5 470. 470_{54}. 477 f. † 478_{61}
—, l. 10 pr. † 229_{24}c
l. 14 §. 1 466_{49}
l. 17 pr. 466_{49}
IX, 2 ad leg. Aquil. l. 17 † 339_{16} 340_{19}
l. 23 §. 4 125_{36}
l. 27 §. 1 16_{19}
—, 3 de his, qui eff. l. 1 §§. 7 sq. 308_{36}
—, 4 de nox. act. l. 4 pr. 86_{79}a
l. 11 92_{92}
l. 13 92_{92}
l. 22 §. 1 92_{90} 213_{9} † 215. 321_{84}
l. 27 §. 1 92_{92}
l. 28 92_{92}
X, 2 fam. ercisc. l. 6 399_{52}
l. 20 §. 4 176_{84}
l. 22 §. 1 399_{52}
—, 2 l. 25 §. 7 175_{83}
l. 29 399_{52}
l. 43 383_{36}a
l. 45 pr. 175_{83}
—, 3 comm. div. l. 2 §. 1 383_{36}a
l. 7 §. 3 438_{24}
—, §. 4 † 215 321_{84} 546_{79}
—, §. 5 † 66 70 71 71_{66}a 72_{67}a † 134 † 216 438_{24} 546_{79} bis 547_{78} 548_{79}
—, 8 439_{24}

l. 7 13 399_{52}
l. 8 §. 1 553_{35c} 554_{35d}
l. 10 §. 1 439_{24}
l. 12 470_{54} † 550
l. 19 §§. 1. 3 399_{52}
X, 4 ad exh. l. 3 §. 5 14_{17} † 603_{75}
—, §. 11 14_{17} † 603_{75}
—, §. 12 14_{17} † 603_{75}
—, 15 30_{22} bis 32_{22} † 489 f. 490 493_{84}
l. 4 30_{22} 32_{22} † 490 bis
l. 5 30_{22} bis
—, pr. §§. 3—5 30_{22}
—, §. 6 30_{22}
l. 7 §. 1 32 f.
l. 9 §. 6 31_{22} 650_{71}
XI, 1 de interr. i. i. l. 11 §. 11 336_{14}
l. 20 §. 1 555_{35g}
—, 6 si mensor l. 1 §. 1 317 318. $_{76\cdot 78}$ 336_{14}
—, §. 2 318_{75}
l. 3 §. 5 318_{77}
—, §. 6 318_{78}
l. 4 318_{78}
l. 5 317
—, pr. 318_{75}
XII, 1 de R. Cr. l. 4 §. 1 327_{96}
—, §. 2 † 653_{3}
—, 6 de cond. ind. l. 6 §. 2 323_{87}
l. 14 † 263_{72}
l. 15 §. 1 † 652_{3}
l. 33 657_{14a}
l. 65 §. 4 † 263_{72}
l. 66 † 263_{72}
—, 7 de cond. s. c. l. 2 326_{92}
XIII, 1 de cond. furt. l. 7 §. 1 613_{2}
l. 8 pr. 613_{2}
l. 12 §. 2 † 652_{3}
—, 3 de cond. trit. l. 1 §. 1 15_{18} 655. 656_{12}
—, §. 2 † 652_{3} 655. 656_{12}
l. 2 † 65_{55} 66_{56} 70_{62} † 652_{3}
—, 5 de pec. const. l. 1 §. 6 320_{82}
l. 27 175_{81}
—, 6 commod. l. 1 pr. §. 1 207_{6}
—, §. 1 207_{6a} 266_{75e}
l. 2 311_{44}
l. 3 pr. 230_{24d} 311_{45}
l. 5 §. 12 314_{89}
l. 17 §. 3 † 208 † 263_{74}
—, 7 de pign. act. l. 22 pr. 269_{76}
—, §. 2 269_{76}
—, §. 3 $105_{13\cdot 14}$ 233_{28} 270_{78} 272 $272_{83\cdot 84}$ † 330 331_{3}
l. 29 105_{13} † 234 272 493_{84}
l. 35 §. 1 $105_{13\cdot 14}$ † 233 272 272_{83} 493_{84}
l. 37 272_{83} 493_{84}
XIV, 3 de inst. act. l. 10 311_{46}
l. 11 pr. 311_{46}
l. 17 §. 2 311_{46}
—, §. 4 175_{81}
XV, 1 de pec. l. 3 §. 11 95_{88}
—, §§ 11 sq. 308_{36}
l. 5 §. 1 † 237 309_{36a}
l. 42 313_{57}
XVI, 2 de comp. l. 10 §. 1 328_{86}
—, 3 dep. l. 1 §. 14 † 312 f.$_{81}$
l. 11 588_{44}
l. 13 §. 1 327_{96}
l. 15 105_{13} 109 † 231
l. 17 §. 1 32_{22} † 497. 498. 499 500 501_{96} bis † 579 579_{26} 580
XVII, 1 mand. l. 6 §. 7 650_{71}
—, 2 pro soc. l. 45 327_{96}
l. 46 327_{96}
l. 47 pr. 327_{96}
XVIII, 1 de C. E. l. 34 §. 4 † 599 599_{65}
—, 2 de in diem add. l. 4 pr. 531_{44}
—, 3 de lege comm. l. 3 271_{79}
—, 4 de H. v. A. V. l. 14 §. 1 † 540_{62c}
—, 6 de per. et comm. l. 1 §. 3 175_{3}
l. 17 (16) 276_{93}
XIX, 1 de A. E. et V. l. 3 pr. † 599_{64}
l. 8 pr. 326_{94}
l. 11 §. 6 326_{92}
—, §. 13 † 598 f.
l. 13 §. 20 † 212 276_{94}
—, §. 21 206 † 212 276 276_{94}
l. 25 614_{3}
l. 32 326_{94}
—, 2 loc. l. 4 † 246
l. 9 §. 1 171_{75a}
l. 14 † 222_{17} 248_{49}
l. 21 245_{46b} 276_{93} † 277_{96}
l. 46 † 251_{52}
—, 5 de praescr. verb. l. 15 257 † 263_{74}
l. 17 pr. 207_{6a}
XX, 1 de pign. l. 14 pr. 273_{87}
l. 27 338 f.$_{16}$ bis
—, 5 de distr. pign. l. 12 §. 1 † 651_{72}
XXI, 2 de evict. l. 29 §. 1 598_{93}
l. 53 §. 1 175_{81}
XXII, 1 de usur. l. 38 §. 1 241_{48}
—, §. 5 † 123_{35}
—, §. 10 207_{6}
—, §. 11 309_{88}
l. 45 655_{9a}
—, 5 de testib. l. 3 §. 5 † 9_{10}
l. 13 † 9_{10}

XXIII, 3 de J. D. l. 1 326_{61}
l. 7 §. 3 531_{41} † 590_{48}
l. 9 §. 1 531_{41}
l. 17 pr. 340_{20}
l. 26 $163_{48}{}^{a}$
l. 27 $163_{48}{}^{a}$
l. 72 §. 1 340_{20}
l. 78 §. 4 399_{52}
—, 4 de pact. dot. l. 21 $163_{48}{}^{a}$
—, 5 de fundo dot. l. 13 §. 4 $553_{85}{}^{d}$
XXIV, 1 de don. i. v. et u. l. 5 §§. 6 sq. 321_{85}
l. 6 321_{85} † 653_{2}
l. 11 §. 1 531_{43}
l. 15 §. 1 $655_{3}{}^{a}$
l. 26 pr. † 33_{22}
l. 32 §. 5 272
l. 46 † 293_{3} 321_{85} † 588_{44} 600_{66} † 653_{2}
—. 3 sol. matr. l. 18 §. 1 340_{20}
l. 24 §. 5 340_{20}
l. 25 §. 1 340_{20}
l. 66 pr. 340_{20}
l. 62_{5} 340_{20}
XXVI, 8 de auct. et cons. l. 1 pr. $230_{24}{}^{d}$ 311_{45}
l. 5 pr. $230_{24}{}^{d}$ 311_{45}
XXVII, 3 de tut. et rat. distr. l. 5 326_{95}
—, 10 de cur. fur. l. 7 §. 3 † 544_{73}
XXVIII, 3 de iniust. rupto l. 6 §. 5 196_{13}
—, 5 de H. J. l. 58 pr. † $602_{73}{}^{a}$
XXIX, 5 ad Sc. Silan. l. 7 187_{14}
XXX, de legat. I. l. 47 §. 5 341_{20}
l. 108 §. 2 341_{20}
XXXII, de legat. III. l. 37 §. 3 207_{5} 324_{88}
XXXIII, 8 de pec. leg. l. 6 pr. $554_{85}{}^{d}$
XXXIV, 2 de auro arg. l. 1 §. 1 164_{50}
l. 9 164_{50}
XXXV, 1 de cond. et dem. l. 7 §. 1 175_{81}
XXXVI, 1 ad Sc. Trebell. l. 22 175_{81}
—, 3 ut legat. l. 1 §. 9 409_{76}
—, §. 17 409_{76}
—, 4 ut in poss. legat. l. 5 pr. † 488_{79}
—, §. 15 336_{14}
l. 11 $476_{60}{}^{e}$
XXXVII, 9 de ventre in poss. l. 1 §§. 19—21 584_{36}
—, §. 25 584_{36}
l. 9 584_{36}
—, 11 de B. P. sec. tab. l. 11 §. 2 583_{35}
XXXVII, 15 de obs. par. l. 5 126_{38}
l. 6 126_{38}
l. 7 pr. 126_{38}
—, §. 2 † 126 126_{38} 189_{13}
—, §. 4 126_{38}
—, §. 5 126_{38}
XXXVIII, 5 si quid in fraud patr. l. 3 §. 1 137_{56}
XXXIX, 1 de O. N. N. l. 3 §. 1 † 550 bis 552
—, 1 l. 3 §. 2 † 550 bis 552 bis
l. 5 §. 10 $376_{40}{}^{a}$ 470_{54} † 474_{59} † 478_{61} 552_{24}
—, 2 de damno inf. l. 15 §. 20 † 488_{79}
l. 18 §. 15 † 7_{8}
l. 32 550_{61}
l. 35—37 550_{61}
l. 38 pr. 276
—, 5 de donat. l. 1 pr. 531_{42}
l. 2 §. 5 531_{42}
l. 9 pr. † 205 $205_{3}{}^{b}$
—, §. 1 207_{6}
l. 18 §. 1 † 288_{4}
l. 21 §. 1 325_{89}
l. 27 192_{5} † 198 287 bis 516_{24} † 521.
l. 28 325_{89} bis $_{90}$
l. 32 198_{16} 516_{24}
—, 6 de m. c. don. l. 2 531_{43}
l. 13 §. 1 206_{4}
l. 16 206_{4}
l. 18 §. 1 $324\,f._{89}$ bis
l. 29 531_{43}
l. 30 206_{4} 324_{89} bis
l. 35 §. 4 206_{4}
l. 42 pr. 534_{62} † $540_{63}{}^{c}$
XL, 12 de lib. c. l. 7 pr. §§. 1—3 196_{13}
l. 23 pr. 196_{13}
l. 24 §§. 3 sq. 93_{93}
l. 25 §. 2 529_{40}
—, 13 quib. ad lib. procl. l. 3 196_{13}
—, 14 si ingen. l. 2 pr. 196_{13}
XLI, 1 de a. r. d. l. 1 §. 4 293_{9}
l. 3 §. 8 † 695
l. 13 §. 1 $84_{76}{}^{a}$
l. 21 pr. † 528_{40}
l. 22 † 275_{91}
l. 37 pr. 275_{90}
l. 54 §. 4 528_{40} bis
l. 60 † 11_{14}
—, 2 de a. p. l. 1 §. 4 † $33_{23}321_{85}$
—, §. 6 275_{90} 528_{40}
—, §. 14 $594_{54}{}^{a}$
—, §. 15 † $213_{9}{}^{a}275_{90}$ † 275_{92} 493_{84}

X, 4

l. 19 §. 1 540_{65}
l. 20 61_{49}[c] 159_{41} † 450_{32}[a]
l. 21 §. 3 159_{41} 539_{62}[a]
l. 22 † 599_{64}
l. 23 §. 1 653_{3}
—, §. 2 33_{22}
l. 24 30_{22} † 87
l. 25 §. 2 † 52. 69_{61} 72_{67}
l. 26 515_{19} † 553_{55}[a]
l 28 105. 105_{13} 109 † 234
l. 30 §. 1 363_{15}
—, §. 5 169_{66} 450_{33}
l. 31 † 695
l. 32 §. 1 † 538_{62} bis
l. 33 † 158_{40} 159_{41} 544_{74} 658_{16}
l. 34 pr. 437_{21} † 502 f. [illegible] f.
l. 35 626_{26}
l. 36 105_{13} † 233 f. 272 $275_{[illegible]}$ 493_{84}
l. 37 272_{83}
l. 38 §. 1 † 532_{46}
l. 39 32_{22} † 497 498 bis [illegible] 501_{66}[d] 504 bis $505_{[illegible]}$[1] † 579 bis 579_{26} bis 580
l. 40 pr. 493_{84}
—, §. 1 159_{41} † 694 f.
—, §. 2 105_{16} † 576 f. $611_{[illegible]}$
—, §. 3 74 † 104 105_{13} [illegible] 530_{40} 576_{23}[a]
l. 42 §. 1 527_{36}
l. 44 §. 2 † 56_{49} † 67_{53}[c] $113_{[illegible]}$ † 696_{83}
l. 46 † 56_{49} 58_{49} † 69_{60}
l. 47 594_{54}[a]
l. 52 §. 1 † 470_{54}
—, §. 2 † 399 f. 53
l. 53 † 69_{62} † 423_{7}
—, 3 de usurp. l. 4 §. 10 106 † 107_{17}
—, §. 21 107_{18}[b]
—, §. 22 † 36 f. 45_{38} 49 62
—, §. 25 † 29 106
—, §. 26 † 139_{8}
—, §. 27 † 62 † 159_{41}[a]
l. 14 pr. † 582_{31} 589_{45}
—, §. 1 † 585_{39} 589_{47}
l. 15 §. 1 594_{54}[a]
l. 16 31_{22} 492_{83} † 493 [illegible] † 590_{50}
l. 20 594_{56} 595_{57}
l. 21 105_{14} 109 † 529_{40} $550_{[illegible]}$
l. 30 §. 1 33_{22} 34_{23}
l. 31 §. 5 594_{56}
l. 32 §. 2 515_{19} 540_{65} 553_{55}[a] † 557. $557_{[illegible]}$[k] bis
l. 33 §. 1 † 535 f. 55 540_{64}

l. 33 §. 2 37 † 44 f. 46$_{38}$[a]
—, §. 4 493$_{84}$
—, § 5 493$_{84}$
—, §. 6 105$_{13}$. $_{14}$ 210$_{9}$[a] bis † 211 217 234 251 272 272$_{88}$
l. 37 §. 1 † 57$_{49}$ bis
l. 38 † 57$_{49}$
l. 44 §. 3 594$_{56}$
—, §. 4 † 527$_{39}$
—, §. 7 527$_{39}$ 531$_{45}$[a]
l. 49 † 107$_{15}$[b]
XLI, 4 pro empt. l. 2 §. 2 531$_{44}$ † 532$_{46}$
—, §. 3 531$_{44}$
—, §. 16 † 587$_{44}$ 589$_{45}$
—, §. 21 540$_{65}$
l. 4 555$_{85}$[b]
l. 5 106 107$_{18}$
l. 6 pr. † 221 275$_{92}$ 540$_{63}$
—, §. 2 594$_{56}$ 595$_{57}$
—, 5 pro herede l. 2 §. 1 30$_{22}$ 449$_{31}$ † 536$_{56}$ 538$_{61}$
—, 6 pro don. l. 1 §. 2 33$_{23}$ 540$_{65}$
—, 9 pro dote l. 1 §. 2 531$_{41}$
l. 2 ℭ. 531$_{45}$
XLII, 1 de re iud. l. 53 685$_{66}$ l. 54 685$_{66}$
—, 4 ex quib. c. in poss. l. 12 488$_{79}$
—, 5 de reb. auct. l. 8 §§. 1 sqq. 475$_{60}$[c]
l. 30 475$_{60}$[d]
—, 8 quae in fraud. cred. l. 10 §. 3 175$_{81}$
l. 25 §. 1 309$_{37}$
—, §§. 4 sqq. 309$_{39}$
XLIII, 1 de interd. l. 1 §. 3 † 3$_{2}$
l. 2 §. 1 170$_{72}$
—, §. 3 299. 299$_{20}$ 425$_{9}$
l. 3 † 123$_{94}$
l. 4 † 133 † 703
l. 5 † 90$_{86}$ 308$_{35}$
—, 2 quor. bon. l. 1 pr. 249$_{50}$[a] 342$_{24}$
—, 3 quod legat. l. 1 §§. 8—10 342$_{24}$
—, 4 ne vis fiat l. 1 §. 1 158$_{40}$
—, §. 3 158$_{40}$
—, 8 ne quid in loco publ. l. 2 pr. 386$_{37}$
—, §§. 17 sqq. 386$_{37}$
—, 45 170$_{72}$
—, 13 ne quid in flum. publ. l. 1 § 6 368$_{22}$[a]
—, §. 12 386$_{37}$
—, 16 de vi et de vi armata l. 1 pr. † 3 115 † 134
—, §. 1 † 8
—, §. 2 † 9 f. 9$_{10}$
—, §§. 3—22 17
l. 1 §. 3 † 10 bis
—, §. 4 † 10 bis 11 13
—, §. 5 † 12 bis 13
—, §. 6 14$_{15}$[1] † 15
—, §. 7 † 15
—, §. 8 † 10 11 bis 11$_{14}$. $_{15}$
—, §. 9 17 † 18 19$_{20}$ f. 30 631$_{37}$
—, §. 10 17 † 18 19$_{20}$ f. bis 30 321$_{85}$
—, §. 11 † 88. 88$_{62}$ 308$_{35}$
—, §. 12 78$_{73}$ † 80 86
—, §. 13 † 80 f.
—, §. 14 † 81 f. 684$_{62}$
—, §§. 15 sqq. 308$_{35}$
—, §. 15 84$_{77}$ † 89. 92$_{91}$ 684$_{80}$
—, 16 † 90
—, §. 17 † 91
—, §. 18 † 92 94$_{87}$
—, §. 19 84$_{77}$ † 90 93 95 684$_{80}$
—, §. 20 89$_{84}$[a] † 94
—, §. 21 † 93 684$_{80}$
—, §. 22 19$_{20}$ f. 30 † 34 36$_{27}$ 159$_{41}$
—, §. 23 † 17 bis 18 30 † 156
—, §. 24 † 58 f. 159$_{41}$ 394$_{48}$
—, §. 25 † 59
—, §. 26 † 62 † 156
—, §. 27 † 98
—, §. 28 † 48 49 97$_{6}$ bis † 99
—, §. 29 † 40 bis 41 42 † 43 44$_{27}$ 49 96$_{6}$
—, §. 30 † 33 96$_{4}$ 97$_{6}$
—, §§. 31—38 115 117
—, §. 31 † 118
—, §§. 32—38 14$_{15}$[1]
— §. 32 † 118 f.
—, §. 33 † 119 f.
—, §. 34 † 120
—, §. 35 † 121 125 309$_{37}$
—, §. 36 † 121 125 309$_{37}$
—, §. 37 † 122
—, §. 38 † 123
—, §. 39 † 116
—, §§. 40—42. 115
—, §. 40 † 123 309$_{38}$
—, §. 41 † 123 125 309$_{38}$
—, §. 42 † 124
—, §. 43 † 126 189$_{12}$
—. §. 44 † 136
—, §. 45 † 36
—, §. 46 † 35
—, §. 47 † 63
—, §. 48 † 136 190$_{13}$ 249$_{50}$[c]

l. 2 † 136 190_{13}
l. 3 pr. † 137 190_{13}
—, §. 1 † 137 190_{13}
—, §. 2 † 149 † 151. 152
—, §. 3 † 149 152 bis
—, §. 4 † 149 152
—, §. 5 † 149 152 153
—, §. 6 40 † 49 149 152
—, §. 7. 41 † 49 bis 58_{40} 149 152
—, §. 8 † 59 149 152 † 157 160ter 161 162
—, §. 9 † 100 $100_9{}^a$ 149 152 † 159 160 bis 161 186 bis 189
—, §. 10 † 81 82 146 146_{24} 149 152 bis 160 quater † 160_{44} 161 bis 684_{62}
—, §. 11 † 81 82 146 149 152 † 160_{44} 161 684_{62}
—, §. 12 † 81 86 96 135 † 146 bis † 162 † 191 bis
—, §§. 13 sqq. 508_5
—, §. 13 $13_{15}{}^d$ $_{15}{}^f$ 163 bis † 191 bis $191_1{}^a$ 192_7
—, §. 14 $13_{15}{}^d$ $_{15}{}^f$ 163 $191_1{}^a$ 192_7 † 193 294_{46}
—, §. 15 192_7 † 194 bis
—, §. 16 † 193 † 197
—, §. 17 † 193 f. † 196
—, §. 18 † 197
l. 4 † 83. 84_{77} 684_{61}
l. 5 † 37
l. 6 † 125 bis
l. 7 † 86. 453_{86}
l. 8 † 20
l. 9 pr. † 138
—, §. 1 $13_{15}{}^e$ $190_1{}^a$ † 195
l. 10 $12_{15}{}^a$ 159_{41} $191_1{}^a$ † 195 f.
l. 11 † 63 64_{53} † 470_{53} 480 bis
l. 12 $19_{20}{}^f$ 33 † 59 f. 61 $61_{49}{}^c$ 96_4 159_{41} 394_{48} $450_{32}{}^a$ 684_{63} 689
l. 13 † 128
l. 14 † 147
l. 15 † 121. 309_{37}
l. 16 † 94
l. 17 † 99. $100_9{}^a$ 189
l. 18 pr. $19_{20}{}^f$ 33 † 60 $60_{49}{}^{bb}$ 79_{75} 96_4 394_{48} 437_{21}
—, §. 1 † 132
l. 19 † 121 f.
l. 20 30 † 35

XLIII, 17 uti possidetis
l. 1 pr. † 358. 360 bis 402 † 405 415 † 559
—, §. 1 361 † 384 425_9
l. 1 §. 2 † 625 627 627_{29} † 64[illegible]
—, §. 3 361_7 † 625 627 627_{29}
—, §. 4 425_9 † 630 † 648 f.
—, §. 5 † 424
—, §. 6 361_8 † 649
—, §. 7 361_9 † 364 424_6 515
—, §. 8 † 362 362_{16} 424_5
—, §. 9 † 69_{62} 109 † 422 423
l. 2 109 † 525
l. 3 pr. † 422 bis 423 423$_{[illegible]}$ † 436
—, §. 1 † 385 704_2
—, §§. 2—4 383_{36}
—, §. 2 † 457 $457_{40}{}^a$ 470 472
—, §. 3 $62_{49}{}^d$ † 450
—, §. 4 175_{81} † 362_{11} † $443_{[illegible]}$ bis † 457 f. 466 469 470
—, §. 5 † 462 463
—, §. 6 360 † 362_{12} † $443_{[illegible]}$
—, §. 7 † 448 450 † 511 515 518
—, §. 8 † 487
—, §. 9 † 468 469 469_{52}
—, §. 10 † 86 † 453
—, §. 11 125_{37} 180_{31} $410_{[illegible]}$ † 412 bis $413_{82}{}^b$
l. 4 † 521 524_{34}

XLIII, 18 de superfic. l. 1 pr. $508_{[illegible]}$
—, §. 2 508_7 509_9 701_2
—, 19 de it. actuq. priv. l. 1 §. 11 † 202 f. 231
—, 20 de aq. cott. l. 1 §. 26 † $383_{[illegible]}$
—, 24 quod vi aut clam l. 1 §. 2 109
—, §. 3 $368_{22}{}^b$
l. 3 §. 7 175_{81} 458_{41}
l. 5 pr. §§. 1—4 175_{81}
—, §. 7 175_{81}
—, §. 8 308_{35}
—, §. 11 308_{35}
l. 7 §. 1 308_{35}
—, §§. 3 sq. $368_{22}{}^b$
l. 11 §. 12 276 276_{93}
l. 14 308_{35}
l. 15 §. 1 † $476_{60}{}^f$ 477
l. 22 §. 5 175_{81}
—, 26 de precario l. 1 pr. † 199 208 322_{86}
—, §. 1 † 208 † 229 $267_{[illegible]}$
—, §. 2 † 199 f. † 294 $322_{[illegible]}$
—, §. 3 † 200 212 † 294
l. 2 pr. † 199 248 313_{53} $335_{[illegible]}$
—, §. 1 † 199
—, §. 2 256 258 † 261 262 262_{71} 264 322_{86} 346 347ter $348_{25}{}^a$

l. 2 §. 3 † 200 495$_{90}$
l. 3 † 200 227
l. 4 pr. † 201 266
—, §. 1 † 212 495$_{90}$
—, §. 2 † 236 313$_{54}$
—, §. 3 105$_{13}$ 109 † 231
—, §. 4 212$_{9}$ † 221 247 289
l. 5 † 222 248 289
l. 6 pr. † 222 229 247 bis 248$_{49.\ 50}$ 289
—, §. 1 220$_{13}$ † 236 313$_{53}$
—, §. 2 † 217 217$_{9}$[dd] 220$_{13}$ 334$_{11}$
—, §. 3 212$_{9}$ † 222 f. 540$_{63.\ 64}$
—, §. 4 105$_{13}$ 109 † 232 272 273$_{86}$
l. 7 † 219
l. 8 pr. † 224 f. 231 243 † 302$_{26}$ bis 307$_{30}$ 314$_{60}$
—, §. 1 † 243 247 248$_{50}$
—, §. 2 202[e] † 221 302$_{26}$ 308$_{32}$
—, §. 3 † 209 248 282
—, §. 4 124$_{35}$[a] † 206 † 254 f. 309$_{40}$
—, §. 5 † 255
—, §. 6 124$_{35}$[a] † 255 309$_{41}$ 317$_{72}$ † 335 f.
—, §. 7 † 255 308$_{34}$
—, §. 8 † 241 316 317$_{71}$
l. 9 † 202
l. 10 † 203
l. 11 105$_{13}$ 233$_{28}$ † 244 246$_{46}$[b] 272. 272$_{81.\ 84}$ 274$_{89}$
l. 12 pr. 239 † 245 f. 332
—, §. 1 † 238 243
l. 13 † 236 309$_{36}$[a] 313$_{54}$
l. 14 † 209 228$_{24}$[b] 256 322$_{36}$ 347 258 bis 260 348
l. 15 pr. † 209
—, §. 1 † 204 204$_{3}$[a] 205$_{3}$[b]
—, §. 2 † 200 227
—, §. 3 † 249 253 315$_{62}$ 348
—, §. 4 † 212 † 214 217$_{9}$[d] 495$_{91}$
—, §. 5 † 255 † 319
l. 16 † 237 313$_{55}$
l. 17 † 212 362$_{14}$ † 423, 495
l. 18 † 220 † 301$_{26}$ bis 302$_{26}$ 303$_{26}$ † 305 348
l. 19 pr. † 216 438$_{22}$
—, §. 1 † 243
—, §. 2 256 † 261 262 262$_{71}$ 264 343$_{27}$ 346 347 ter 348 348$_{25}$[a].$_{26}$ † 653$_{8}$
l. 20 244$_{46}$[a] † 245 246 276 277$_{97}$ 279
l. 21 † 203 217 334$_{11}$
l. 22 pr. 105$_{13}$ 213$_{8}$ † 219 220 235 302$_{26}$ 348 540$_{63}$ bis $_{64}$
—, §. 1 33$_{12}$ † 229 f. 230$_{25}$ 312$_{48}$
XLIII, 31 utrubi l. un. pr. † 567 bis 569 570
—, §. 1 † 362 570$_{10}$ † 570 f. † 615 † 706 bis
XLIV, 2 de exc. rei iud. l. 5 403$_{61}$
—, 3 de div. temp. praescr. l. 2 616$_{6}$
l. 5 pr. † 592$_{53}$[a]
l. 6 pr. † 586$_{42}$ † 589$_{45}$ bis
—, §. 1 † 586 f.$_{42}$ 588$_{44}$
l. 8 † 594$_{54}$[a]
l. 11 † 238 f. 316$_{66}$ 685$_{85}$
l. 14 609$_{88.\ 90}$
—, pr. † 582
—, §. 1 581$_{29}$ † 583 585 585$_{27}$ † $_{28}$
—, §. 2 † 589$_{45}$
—, §. 3 492$_{53}$ 590$_{50}$ † 596
—, §. 4 † 584$_{36}$ 589$_{45}$
—, §. 5 581$_{29}$ † 584$_{36}$
l. 15 581$_{31}$ bis 609$_{87}$
—, §. 1 † 582$_{33}$ † 586$_{42}$ 587$_{43}$ 589$_{45}$
—, §. 2 581$_{29}$ † 581$_{30}$ 583$_{33}$ † 583 f.$_{36}$ 589$_{45}$
—, §. 3 581$_{29}$ † 583$_{36}$ 587$_{42}$ 589$_{44}$ 589$_{45}$
—, §. 4 581$_{29}$ † 582$_{33}$ † 584$_{36}$
—, §. 5 † 581$_{30}$ † 581 f.$_{31}$ 589$_{45}$
—, §. 6 † 584$_{37}$ 586$_{42}$ 589$_{45.\ 46}$
l. 16 † 594 609$_{90}$
—, 4 de doli m. exc. l. 4 §. 27 † 593
—, §. 29 592$_{53}$[a] 597$_{59}$[a]
—, §. 31 592$_{53}$[a] 597$_{59}$[a]
—, §. 33 597$_{60}$
—, 7 de O. et A. l. 16 † 223 272
l. 34 §. 2 327$_{95}$
l. 37 §. 1 701$_{2}$
XLV, 1 de V. O. l. 38 §. 3 598$_{83}$
—, §§. 7 sq. 30$_{22}$
l. 115 pr. 406$_{71}$
—, 2 de duob. reis l. 9 pr. 320
l. 19 80$_{74}$
XLVI, 1 de fideiuss. l. 51 §. 3 409$_{76}$
—, 3 de sol. l. 18 588$_{44}$
l. 32 588$_{44}$
l. 40 476$_{60}$[e]
l. 48 584$_{36}$
l. 66 230$_{34}$[d] 311$_{46}$
l. 106 175$_{31}$
—, 4 de accept. l. 18 §. 1 600$_{67}$

XLVI, 8 rat. rem l. 16 pr. 322 f.$_{87}$
l. 22 pr. 322$_{87}$
—, §. 1 322$_{87}$
XLVII, 2 de furt. l. 12 §. 1 660
l. 14 §. 1 658$_{10}$
—, §. 11 124$_{33}$[a] † 209 255 256 258 260 262 309$_{41}$ 317$_{73}$ 320 320$_{81}$ 347 348
l. 20 §. 1 107$_{13}$[a] 111$_{22}$ 112$_{22}$
l. 25 pr. † 65$_{54}$ † 652$_{2}$
—, §. 1 † 65$_{55}$ 70$_{62}$ 611 † 652$_{2}$ 655 656$_{12}$
l. 54 §. 4 111$_{22}$ 657$_{14}$
l. 77 §. 1 660
—, 4 si is, qui in testam. l. 1 §. 2 336$_{14}$
—, 8 vi bon. l. 2 §. 13 119$_{21}$
—, §. 18 14$_{16}$ † 23 f. 24 610$_{98}$ 682
—, §§. 22—24 610$_{98}$
—, §. 26 15$_{18}$ † 16
—, 10 de iniur. l. 13 §. 7 614$_{3}$
l. 14 † 363$_{14}$[a]
l. 15 §. 31 † 474$_{60}$[a] 475$_{60}$[aa]
l. 20 † 474 f.$_{60}$[a] 475 475$_{60}$[aa]
l. 23 474 † 482$_{66}$[a]
l. 24 614$_{3}$
l. 44 † 477$_{60}$[g]
XLVIII, 6 ad leg. Jul. de vi publica Rubrica 9$_{10}$ 26 l. 1 26$_{21}$[e]
l. 3 pr. 26$_{21}$[e]
—, §. 1 26$_{21}$[e]
—, §. 2 † 27
—, §. 3 26$_{21}$[e]
—, §. 5 26$_{21}$[e]
—, §. 6 26$_{21}$[e]
l. 4 26$_{21}$[e]
l. 5 pr. 26$_{21}$[e]
l. 9 † 150$_{30}$
l. 10 §. 26$_{21}$[e]
l. 11 pr. 26$_{21}$[e]
—, §. 1 † 150$_{30}$
—, 7 ad leg. Jul. de vi priv. Rubrica † 9$_{10}$ 26
l. 1 pr. † 127$_{39}$
l. 2 26$_{21}$[e]
l. 5 † 27 † 148
—, 19 de poen. l. 32 † 9$_{10}$ † 128
—, 20 de bon. damnat. l. 1 pr. 196$_{12}$
XLIX, 1 de app. l. 11 685$_{66}$
—, 8 quae sent. sine app. l. 1 §. 3 685$_{66}$
—, 15 de capt. et de postl. l. 12 §. 2 653$_{3}$
L, 16 de V. S. l. 25 §. 1 367$_{21}$
l. 41 † 151
l. 60 † 361$_{10}$ 620$_{10}$
l. 65 582$_{22}$
l. 134 514$_{17}$
l. 156 † 616
l. 195 §. 3 † 93
l. 211 620$_{10}$
l. 233 §. 2 150$_{30}$
L, 17 de R. J. l. 23 † 319 320$_{81}$
l. 45 pr. 105$_{13}$ † 231
l. 58 308$_{36}$
l. 118 528$_{40}$
l. 127 85$_{76}$
l. 152 §. 1 † 80
—, §. 2 † 82$_{76}$
l. 155 §. 1 † 394$_{47}$

Institutiones

I, 16 de cap. min. § 1 197$_{14}$
II, 4 de usufr. §. 3 196$_{11}$
—, 5 de usu et habit §. 5 227$_{24}$[a]
—, 6 de usucap. §. 13 411$_{81}$
III, 10 de adq. per arrog. §. 3 313$_{35}$
—, 12 de succ. subl. §. 1 197$_{16}$
—, 29 quib. mod. obl. §. 2 600$_{67}$
IV, 1 de obl., quae ex del. §. ult. (19) 613$_{2}$
—, 2 vi bon. §. 1 14$_{16}$ † 24 682 bis
—, 6 de act. §. 2 128 382$_{35}$
§. 9 253$_{55}$
—, 8 de nox. act. §. 7 93$_{24}$
—, 12 de perp. et temp. act. §. 1 317$_{70}$
—, 15 de interd. §. 3 562$_{39}$
§. 4 425$_{9}$ 426$_{10}$ † 570 † 571 576$_{23}$ † 625 f. 626
§. 4[a] 359$_{4}$[a] 361 † 385 † 423 † 615$_{4}$ † 706 706$_{11}$
§. 5 † 525
§. 6 † 9$_{10}$ 10$_{12}$ † $_{12}$[a] † 25 † 96 97 † 148$_{28}$ 151 194 299$_{20}$ 682 † 697
§. 7 701$_{2}$
— 18 de publ. iud. §. 5 150$_{30}$

Novellae

87 praef. c. 1 206$_{4}$
112 c. 1 414$_{35}$

Lex agraria a. 643

v. 14 623
v. 18 † 4 7$_{6}$ † 97 142$_{15}$[e] † 368$_{21}$[a] † 623 632

Livius

III, 31, 3 † 28$_{21}$[g]
—, 47, 5 638$_{52}$
—, 56, 4 638$_{52}$
XIII, 39 149$_{29}$
XL, 17 † 632

Paulus receptae sententiae

I, 11, 1 636_{48}[a]
—, 13 B, 8 † 650_{69}
—, 18, 1 176_{84}
II, 13, 2 269_{76}
—, 21 A 197_{16}
V, 2, 2 527_{38}
—, 3, 3 † 150_{30} 150
—, 6, 1 359_{4}[a] † 363 † 385 426_{10} † 570 576_{23} 705_{10} 706 Interpretatio ad h. l. † 664 f.$_{9}$ † 708
—, 6, 2 † 260_{66}[a]
—, 6, 3 † 91 f.
—, 6, 4 41 † 48 † 150_{49} † 615_{4}
—, 6, 5 † 16 614_{3}
—, 6, 6 † 59 159_{41}
—, 6, 7 † 28 † 97 272 † 697 f.$_{86}$
—, 6, 8 † 122 125
—, 6, 10 † 209 f. † 256. 257_{62} 258 bis 259 260_{67} 299_{20} 322_{86} 345_{22} Interpretatio ad h. l. † 256
—, 6, 11 † 202 299_{20}
—, 6, 12 † 67_{55}[d] 114_{24}[a] † 239 f. 299_{20} 316_{68} 345_{32} 347 Interpretatio ad h. l. † 240_{41}
—, 6, 13 † 260_{66}[a] Interpretatio ad §. 16 † 665_{9}
—, 9, 1 † $650_{68.\ 70}$
—, 9, 2 † 650_{71}
—, 11, 2 † 543 f.
—, 26 Rubrica † 9_{10}
—, 26, 1 sq. 25 25_{21}[d]
—, 26, 3 † 26 27
—, 30 A 26

Paulus Diaconus, Festi epitome (ed. Mueller)
p. 107 † 491_{82}[a]

Petronius Arbiter satir.
c. 13 † 610_{91}

Plautus
Stich. V, 4, 14 (Fleckeisen v. 700) † 631
—, 5, 9 (Fl. p. 750) † 631

Preußische Gesetze
Allgemeines Landrecht I, 20 §. 105 350_{40}
—, — §§. 271 ff. 350_{40}
Ges. v. 5. Mai 1872 (Grundbuchordn.) §. 12 Abs. 1 350_{41}
Einführungsges. zur Konkursordnung §. 14 350_{39}

Pseudo-Asconius in Verr.
act. I c. 9 (Or. p. 139) 4_{4}
— II lib. I, 45, 115 † 646

Suetonius
Caligula 58 † 512_{15}

Symmachus relationes
28 (epistol. X, 41 (48)) 669_{18}
—, §. 1 † 665
—, §. 8 699_{91}
—, §. 10 665_{9}

Terentius
Eunuch. II. 3, 27 sq. † 631_{37}[b]

Theodoricus edictum
c. 76 † 666_{9} † 698_{86}

Theodosius II.
Codex
II, 1 de iurisd. l. 8 §. 1 664 665 f.$_{9}$ † 683
—, 4 de denunt. l. 5 663_{6}
l. 6 663_{6} † 666_{9} bis Interpretatio ad h. l. † 666_{9}
—, 18 de iud. l. 3 133_{53} Interpretatio ad h. l. † 666_{9}
—, 26 fin. reg.
l. 1 † 674 f. 674_{31} 676 676_{35} 677
l. 2 24 † 677 bis 677_{38}
IV, 18 de fruct. et litis exp.
l. 1 $651_{74.\ 75}$
—, 19 de usur. rei iud. l. 1 pr. † 650 f.$_{72}$
—, 21 quor. bon. l. un. 562
—, 22 unde vi
l. 1 665_{9} † 667 f. 670 bis 671 672 bis 686 bis
l. 2 668_{17} † 675_{33} † 678 678_{39} bis 679 686 694_{79} Interpretatio ad h. l. † 679 f.$_{42}$
l. 3 659 672 676 677 † 680 f. 681. 709_{16}
l. 4 663_{6} † 664_{9} 668_{17} † 669 f. 671. 672
l. 5 671 † 684 f. 685 bis
—, §. 1 685 686

l. 6 664 666$_9$ † 670 671 686 687. 687$_{72}$[a]
Interpretatio ad h. l † 665$_9$
IV, 23 utrubi
l. un. 663$_6$ † 705 f.
Interpretatio ad h. l. 664 † 666$_9$
IX, 10 ad leg. Jul. de vi publ. et priv. Rubrica † 9$_{10}$
l. 1 673$_{24.\ 25}$
l. 2 673$_{25}$
l. 3 663$_6$ 673$_{25.\ 26}$ † 673 f.$_{27}$ 676 bis
—, 19 de fals. l. 2 pr. † 664$_9$
—, 20 victum civiliter
Interpretatio ad l. un. 665$_9$ † 666$_9$
—, 37 si de mom. Rubrica † 664$_9$
l. un. † 664$_9$ † 699
Interpretatio ad h. l. † 665$_9$
Summarium ad h. l. 665$_9$

Theophilus paraphrasis graeca institutionum imperialium

IV, 12 de perp. et temp. act. §. 1 317$_{70}$
IV, 15 de interd. pr. † 392
§. 4 425$_9$ 426$_{10}$ 626$_{26}$
§. 4[a] † 577 † 706
§. 6 299$_{20}$
§. 7 † 567 570

Ulpianus

Institutiones (fragm. Vind.) §. 4 (Kr.) 342$_{24}$
Liber singularis regularum fragm.
XI, 11 197$_{16}$
XIX, 7 602$_{72}$[a]

Varro de lingua Latina

V, 162 † 511$_{12}$

Vaticana fragmenta

§. 12 12. 31$_{22}$
— 90 190 † 192$_5$ † 520
Vat. fragm. §. 91 18 † 18$_{20}$[d] 19 † 190 190$_{1.\ 1}$[a] 192$_3$ bis 192$_7$
— 111 531$_{45}$
— 259 21$_{21}$[a]
— 263 † 534$_{51}$ † 539 f.$_{52}$[c]
— 266 21$_{21}$[a]
— 283 288$_6$ 325$_{88.\ 91}$ 431$_{16}$
— 293 22$_{21}$[aa] † 597 f. † 705 706
— 294 21$_{21}$[a]
— 310 290$_7$
— 311 † 533$_{50}$
— 312 † 20 116 † 124 † 133 f.
— 313 † 533$_{50}$ 598

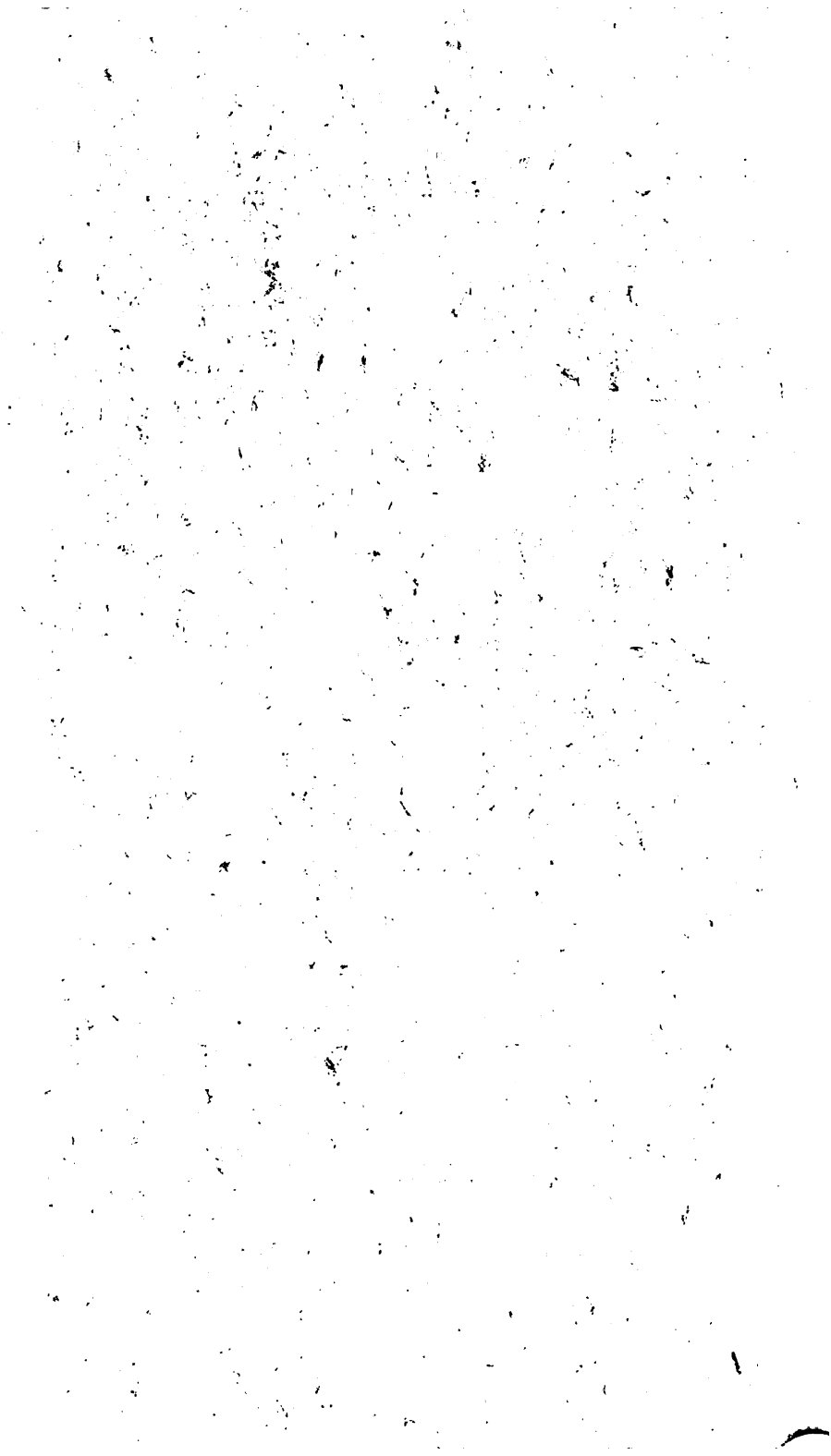
Wechsel-Ordnung

Art. 83 327

Berichtigungen und Zusätze.

S. 5 Z. 1 v. o. l. tuus st. tum.
— Z. 13 v. o. l. 30, 88 st. 30, 28.
— 7 N. 6 Z. 2 l. III, 3, 11 st. III, 3, 4.
— — 7 Z. 1 l. detrudere st. detrudat.
— 8 N. 8 Z. 11 v. o l. Isne st. Is ne.
— 10 N. 12 Z. 2 l. Scholion 7 st. Scholion 45.
— 15 N. 18 Z. 1 v. u. l. 13, 3 st. 13, 1.
— 17 N. 20a l. 31, 91; 32, 92 st. 31, 91, 32, 92.
— 19 N. 20f. Z. 12 v u. l. directum st. diretum.
— 30 N. 22 Z. 10 v. o. l. Ziffer 19 st. Ziffer 18.
— 32 N. 22 Z. 9 v. o. l. Ziffer 17 st. Ziffer 14.
Daſ. Z. 13 iſt vor heißt eine Schlußklammer zu ſetzen.
S. 33 N. 23 Z. 3 iſt vor Si st. des Punctes ein Kolon zu ſetzen.
S. 38 Z. 12 v. o. l. loco st. leco.
— N. 29 Z. 2 l. faciundam st. faciendam.
S. 53 N. 43b Z. 2 v. u. l. et videtur st. quod videtur.
— N. 44 Z. 1 l. h. l. st. h. t.
Hinzuzufügen iſt der N. 44: Bremer, iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt. Pars prior p. 99 nr. 2, hält ſie für unzuläſſig, nimmt vielmehr an, Tribonian habe die Worte des Pomponius, etwa: quod magis probatur — verunſtaltet. Man ſieht nur nicht, zu welchem Zwecke.
S. 54 N. 46 Z. 2 v. u. iſt hinter ſucht einzuſchalten: (ſ. auch l. 7 D. de a. p. 41, 2. Paul. lib. 54. ad ed.: Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit.)
S. 55 Z. 5 v. o. l. Impetraten st. Impetranten.
S. 64 N. 52a Z. 1 v. u. l. Ziffer 15 st. Ziffer 13.
S. 65 N. 53a Z. 1 v. u. l. Ziffer 9 st. Ziffer 5.
S. 70 N. 63 Z. 1 l. L. 25 §. 1 st. L. 25 §. 2.
S. 80 Z. 7 v. o. l. 152 §. 1 st. 152 §. 2.
S. 105 N. 13 Z. 2 v. o. l. §. 2 st. 1. 2.
— N. 14 Z. 3 iſt D. de a. p. 41, 2 zu ſtreichen.
S. 107 N. 18b Z. 4 v. o. l. postea st. posteo.
S. 109 Z. 3 v. u. l. wohl st. nicht.
S. 111 N. 22 Z. 2 v. u. l. de A. E. et V. st. de A. E. d. V.
S. 120 N. 31a Z. 1 l. Serie st. Sererie.
S. 122 Z. 6 v. o. l. V, 6, 8 st. V, 6. h. t. 8.
S. 139 N. 8 Z. 5 v. u. l. von st. vor.
S. 145 Z. 15 v. o. l. pro Caec. 29, 83 st. 28, 83.
S. 163 Z. 10 des Textes v. u. l. noch st. nach.
S. 221 Z. 5 v. o. l. L. 6 pr. st. L. 6.
S. 237 N. 37 l. Ziffer 9 st. Ziffer 7.
S. 261 Z. 5 des Textes v. u. l. aequum st. aequam.

S. 288 Z. 7 v. o. l. hierauf st. hier auf.
S. 315 N. 63 l. S. 252 st. S. 352.
S. 355 Z. 7 v. o. l. Gesetzbuches st. Entwurfes.
S. 356 Z. 4 des Textes v. u. l. §. 1090 st. 1092.
S. 362 Z. 3 des Textes v. u. l. L. un. §. 1 st. L. un.
S. 369 Z. 4 v. o. l. bezwecke st. bezweckt.
S. 389 N. 39 Z. 11 v. u. l. 32, 95 st. 32, 15.
S. 401 N. 56 Z. 2 l. N. 27 st. N. 28.
S. 402 N. 58 l. N. 27 st. N. 28.
S. 428 Z. 1 des Textes v. u. l. den st. dem.
S. 462 Z. 5 des Textes v. u. l. Impetrat st. Impetrant.
S. 476 N. 60 f. Z. 1 l. pastinandum st. pastinendum.
S. 503 Z 2 v. o. l. eben st. aber.
S. 537 N. 59 Z. 9 v. u. l. desierat st. disierat.
S. 576 Z. 5 v. o. l. der st. den.
S. 578 Z. 4 des Textes v. u. l wogegen A st. A aber dafür.
S. 582 N. 33 Z. 2 v. o. l. fit st. sit.
S. 603 Z. 10 v. o. l. finden st. finden.
S. 619 Z. 2 v. o. l. erkläre st. erklärt.
S. 621 Z. 5 v. o. ist vor sagt ein Anführungszeichen zu setzen.
S. 623 Z. 7 des Textes v. u. setze Kolon st. Semikolon.
S. 636 Z. 6 v. o. setze hinter fundum ein Komma st. eines Punctes.
S. 639 N. 56 Z. 1 v. u. l. petierat st. petierit
S. 640 Z. 3 v. o. l. asses sacramenti st. ass essacramenti.
S. 643 Z. 9 v. o. ist das Komma hinter contra zu streichen.
S. 680 Z. 2 des Textes v. u. l. ereptam st. ereptum.
S. 699 Z. 5 des Textes v. u. l. etsi st. et si.



HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933